This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 200 184

HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 5 1908

Germany

# FESTSCHRIFT

Germany

# FESTSCHRIFT

# FESTSCHRIFT

FÜR DIE

# JURISTISCHE FAKULTÄT IN GIESSEN

## ZUM UNIVERSITÄTS-JUBILÄUM

ÜBERREICHT VON IHREN FRÜHEREN DOZENTEN

BELING, COSACK, FRANK, GAREIS, HEIMBERGER,
HELLWIG, JUNG, v. LISZT, REGELSBERGER,
REHM, L. v. SEUFFERT, STAMMLER,
v. THUDICHUM, v. WENDT

HERAUSGEGEBEN VON

REINHARD FRANK

---

VERLAG VON ALFRED TÖPELMANN
(VORMALS J. RICKER) GIESSEN 1907

411.1.10

Druck von C. G. RÖDER G. m. b. H., Leipzig.

# Hochverehrte Herren Kollegen!

In den Tagen, da die *alma mater Ludoviciana* das Fest ihres dreihundertjährigen Bestehens feiert, wird es nicht allen ihren Dozenten aus den letzten Jahrzehnten vergönnt sein, dem heutigen Lehrkörper ihre Glückwünsche persönlich auszusprechen. Viele hat der Tod hinweggerafft, und manchem unter den Lebenden werden Berufsgeschäfte oder andere Hindernisse ein Erscheinen an der Stätte früheren Wirkens unmöglich machen. Da die Umstände auch einzelne von uns fernhalten, so wählen wir den Weg gemeinsamen schriftlichen Glückwunsches, gerichtet an die Männer, mit denen wir durch wissenschaftliche Interessen besonders nahe verbunden sind.

Seien Sie überzeugt, daß wir alle, auch soweit wir zu der nachfolgenden Festschrift keinen Beitrag liefern konnten, an dem Blühen und Gedeihen der Universität Gießen und namentlich ihrer juristischen Fakultät den herzlichsten Anteil nehmen und daß wir mit treuer Anhänglichkeit der Zeiten gedenken, da wir uns an den Stellen befanden, die heute Sie einnehmen!

Möge es Ihnen, wie in der Gegenwart so auch in der Zukunft, vergönnt sein, den Ruf der Fakultät, der einst ein Rudolf Ihering angehörte, hochzuhalten! Möge es Ihnen nach wie vor beschieden sein, neben der Lehrtätigkeit, die Sie vorzugsweise im Interesse des Hessenlandes üben, das hohe Kulturgut des Rechts zu fördern, das heute in seinen wesentlichsten Bestandteilen ein einheitliches für das gesamte deutsche Vaterland ist!

ERNST BELING
OSCAR VON BÜLOW
KONRAD COSACK
REINHARD FRANK
KARL GAREIS
JOSEPH HEIMBERGER
KARL HEIMBURGER
KONRAD HELLWIG
PAUL JÖRS
ERICH JUNG
FRANZ VON LISZT
GUSTAV PESCATORE
FERDINAND REGELSBERGER
HERMANN REHM
LOTHAR VON SEUFFERT
RUDOLF STAMMLER
FRIEDRICH VON THUDICHUM
OTTO VON WENDT
ERNST ZIMMERMANN

# VERZEICHNIS DER BEITRÄGE


Seite

**v. Seuffert, L.** (München): Der Loskauf von Sklaven mit ihrem Geld . . . . . 1

**Hellwig, K.** (Berlin): Grenzen der Rückwirkung . . . . 21

**v. Wendt, O.** (Tübingen): Besitz und Besitzwille . . . . 77

**Cosack, K.** (Bonn): Eigne Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft . . . . 109

**Rehm, H.** (Straßburg i. E.): Die überstaatliche Rechtsstellung der deutschen Dynastien . . . . . 137

**v. Thudichum, F.** (Tübingen): Wettereiba. Eine Gau-Geschichte . . . . . 173

**Regelsberger, F.** (Göttingen): Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch . . . . . 233

**Gareis, K.** (München): Vom Begriff Gerechtigkeit . . . 273

**Beling, E.** (Tübingen): Informativprozesse. Anregungen zu einer Ergänzung der Prozeßgesetzgebung . . . . . 313

**v. Liszt, F.** (Berlin): Das Problem der Kriminalität der Juden . . . . . 369

**Heimberger, J.** (Bonn): Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Ein geschichtlicher Beitrag . . 381

**Stammler, R.** (Halle a. S.): Unbestimmtheit des Rechtssubjektes . . . . . 425

**Jung, E.** (Greifswald): „Positives" Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung . . . . . 469

**Frank, R.** (Tübingen): Über den Aufbau des Schuldbegriffs . . . . . 519

**Lothar v. Seuffert**
**München.**

# Der Loskauf von Sklaven mit ihrem Geld.

Die redemptio servi suis nummis bietet nicht nur für den Juristen, sondern auch für den Kulturhistoriker Interessantes. Von juristischem Interesse ist insbesondere die Durchbrechung des Satzes der römischen Rechtsordnung, wonach der Sklave kein eigenes Vermögen haben kann. Von kulturhistorischem Interesse ist die Existenz von Sklaven, die von ihren Herren so unabhängig lebten und wirtschafteten, daß tatsächlich ihr Erwerb nicht zur Verfügung der Herren stand, sowie die Begünstigung des Freiheitserwerbs, die bei der Behandlung der redemptio zutage tritt.

## 1.

In der Zeit, als Marcus Aurelius und Lucius Verus (die divi fratres) das römische Reich regierten (161 bis 169 p. Chr.), erging eine kaiserliche Verordnung, die bestimmte, daß ein Sklave, der jemandem Geld gegeben hatte, damit dieser ihn seinem Herrn abkaufe und freilasse, von dem Käufer die Freilassung erzwingen könne. Die Verordnung wird erwähnt in l. 4 pr., §§ 11, 13, 14 D. de manumiss. 40, 1, l. 67 D. de iudiciis 5, 1 und in l. 38 § 1 D. de liberali causa 40, 12. In l. 4 pr. D. cit. ist sie als eine an Urbius Maximus ergangene epistula, in den anderen Stellen einfach als constitutio bezeichnet. Wer Urbius Maximus, der Adressat der epistula, war, läßt sich nicht feststellen, da der Name sonst nirgends vorkommt.[1] Sicherlich war der Adressat ein höherer Beamter. Das ist schon aus der Form der Verordnung als epistula zu folgern. Vielleicht praefectus urbi; denn in l. 1 § 1 D. de off. praef. urbi 1, 12 und l. 5 pr. D. de manumiss. 40, 1 ist der praefectus urbi als derjenige Beamte bezeichnet, bei dem der Sklave den Käufer in Rom

[1] Vgl. Prosopographia imperii romani Tom. III, ed. P. de Rohden et H. Dessau, S. 490. Das hier geäußerte Bedenken gegen die Richtigkeit des Gentilnamens Urbius dürfte durch Corp. inscr. lat. Tom. VI nr. 1058 widerlegt werden, wo in Zeile 130 der Rückseite der Gentilname Urbius ebenfalls vorkommt. Vgl. auch Urbius clivus in Liv. I 48, 6.

auf Freilassung verklagen kann.[1] In l. 5 pr. D. cit. ist von mehreren Verordnungen der divi fratres über das Verfahren zur Erzwingung der Freilassung die Rede. Vermutlich führte die erste Verordnung den Freilassungszwang ein, während eine zweite Verordnung die Bestrafung des Sklaven anordnete, der seinen Herrn auf Freilassung verklagt, aber die redemptio suis nummis nicht beweisen kann. Von dieser Bestrafung wird im weiteren Verlaufe dieser Untersuchung näheres berichtet werden.[2]

## 2.

Unter welchen Umständen eine redemptio servi suis nummis anzunehmen ist, wird von Ulpian im sechsten Buche seiner disputationes (l. 4 §§ 1 bis 14 D. de manumiss. 40, 1) erörtert.

Zu Anfang der Erörterung (§ 1) sagt der Jurist, strenggenommen könne man nicht behaupten, daß ein Sklave mit seinem Gelde gekauft sei, denn ein Sklave könne kein eigenes Geld haben. Nur mit geschlossenen Augen (conniventibus oculis), nämlich indem man die Vermögensunfähigkeit der Sklaven ignoriere, könne man zu der Annahme gelangen, daß ein Sklave mit seinem Gelde gekauft worden sei.

Eine redemptio suis nummis ist nach den weiteren Ausführungen Ulpians stets anzunehmen, wenn der Ankauf nicht auf Kosten des Käufers erfolgt. Die verschiedenen Umstände, unter denen das zutrifft, werden kasuistisch behandelt. An der Spitze steht der gewöhnlichste und einfachste Fall: der Sklave hat dem Käufer das Geld zum Ankauf aus seinem Pekulium oder aus einem sonstigen Erwerbe (ex adventicio lucro) gegeben. Es folgen Fälle, in denen ein Freund des Sklaven, um diesem eine Wohltat oder eine Gefälligkeit zu erweisen, die Mittel zum Ankaufe beschafft. Das kann in der Weise geschehen, daß der Freund das Geld für den Ankauf in bar vorschießt (prorogante), aber auch dadurch, daß er die Verbindlichkeit zur Bezahlung des Geldes übernimmt. Die Übernahme der Verbindlichkeit kann erfolgen durch promissio (repromittente[3]), indem der Freund dem Käufer in Stipulationsform die Zahlung verspricht, oder durch Anweisung (se delegante), indem der Freund dem Käufer eine Anweisung zur

[1] Die Annahme, daß der Adressat der epistula Stadtpräfekt war, wird durch die Tatsache unterstützt, daß auch der Adressat einer später von Marcus Aurelius erlassenen Verordnung über den Freiheitserwerb im Falle des Verkaufs mit der Auflage der Freilassung (vgl. l. 2 C. si manc. ita fuerit alienatum etc. 4, 57), Aufidius Viktorinus, das Amt eines Stadtpräfekten bekleidete; vgl. A. Pernice, Labeo III S. 123 Nr. 4.

[2] Siehe unten S. 12 f.

[3] Ob man mit der Florentina repromittente oder mit den späteren Handschriften promittente zu lesen hat, macht für den Sinn keinen Unterschied.

Erhebung des Geldes bei seiner Kasse erteilt,[1] oder dadurch, daß der Freund als argentarius durch receptum die Zahlung des Kaufgeldes für den Sklaven verspricht (recipiente).

Der Käufer des Sklaven muß bei dem Ankaufe gewußt haben, daß er den Kauf nicht auf seine Kosten, sondern als Vertrauensmann des Sklaven auf dessen Kosten zum Zwecke der Freilassung abschloß. Hat der Käufer das bei dem Ankaufe nicht gewußt, so kann der Sklave nicht nachträglich durch das Angebot des Kaufpreises den Kauf zu einem solchen machen, auf Grund dessen er die Freilassung erzwingen könnte (§§ 2 und 3). Auch wenn der Käufer zwar bei dem Ankaufe gewußt hat, daß der Kauf auf Kosten des Sklaven zum Zwecke der Freilassung erfolgen solle, besteht der Anspruch des Sklaven auf Freilassung nur, wenn der Sklave das Geld zum Ankaufe wirklich gegeben oder durch einen Freund beschafft hat (§ 3). Der Vertrauensmann, welcher dem Sklaven den Ankauf aus dessen Mitteln zum Freilassungszwecke versprochen hat, kann die Freilassung nicht dadurch vereiteln, daß er den Ankauf noch rasch vor der Auszahlung des Geldes vollzieht und den Preis aus seinem Vermögen bezahlt (§ 4). Bezahlt in diesem Falle der Sklave nachträglich den vom Käufer ausgelegten Kaufpreis,[2] so kann er die Freilassung verlangen (§ 5). Hieraus ergibt sich des weiteren, daß der Sklave den Käufer, welcher ihn auf sein Ansuchen gegen das Versprechen der Erstattung des Kaufpreises zum Zwecke der Freilassung gekauft hat, auch dann auf Voll-

[1] Se delegare kommt nirgends als in l. 4 § 1 D. cit. vor; vgl. Vocabularium iurisprud. rom. Tom. III col. 150. In Gai. III 1, 20 hat der Veroneser Kodex, allerdings te se delegaverit, was aber offenbar verschrieben ist. Mommsen und Studemund lesen: te delegaverit. Huschke will pro se delegaverit lesen. Man könnte daran denken, daß auch in l. 4 § 1 D. cit. statt se delegante zu lesen wäre: pro se delegante, was bedeuten würde, daß der Freund das Geld zum Ankaufe des Sklaven beschafft, indem er einen Dritten anweist, das Geld auf Rechnung des Anweisenden an den Käufer zu zahlen oder zu promittieren. Gegen diese Textänderung sprechen aber die Basiliken (L. XLVIII, 1, 4 § 1), wo δελεγατεύοντος ἑαυτόν steht. Nun ist eine von dem Anweisenden auf sich selbst ausgestellte Anweisung allerdings etwas Ungewöhnliches, aber nichts Unmögliches. Das ergibt sich aus der Zulässigkeit des trassiert-eigenen Wechsels, der auch eine solche Anweisung enthält. Man wird annehmen müssen, daß der Anweisende, welcher eine Anweisung auf sich selbst ausstellt, ebenso wie der Trassant des trassiert-eigenen Wechsels, für die Zahlung der Anweisung einzustehen hat und auf diese Weise die Zahlung des Preises für den Sklaven übernimmt. In diesem Sinne scheint Brissonius De verborum qui ad ius pertinent significatione das se delegare zu verstehen, wenn er sub voce Delegare schreibt: Delegare se in l. 4 D. de manumission. est alieno creditori pro debitore se obligare. Ähnlich auch Salkowski, Zur Lehre von der Novation, S. 122 Nr. 47, wo das se delegare im Sinne von pro servo debitum suscipere gedeutet wird.

[2] Pariare heißt eine bei einer Abrechnung bleibende Schuld durch Zahlung ausgleichen.

ziehung der Freilassung verklagen kann, wenn der Käufer nachher die Annahme des ihm vom Sklaven angebotenen Geldes ablehnt; denn durch diese Ablehnung verstößt der Käufer gegen Treu und Glauben.[1]

Für die Entstehung der Freilassungspflicht ist es gleichgültig, ob bei der Abschließung des Kaufes die Freilassung als Zweck des Ankaufs zum Ausdrucke gelangt oder nicht (§ 6). Selbst wenn bei der Abschließung des Kaufes, zu welchem der Sklave das Geld hergegeben hat, bestimmt wurde, daß der Sklave nicht freigelassen werden dürfe, kann der Sklave die Freilassung verlangen. Das begründet Ulpian damit, daß der unter den angegebenen Umständen erfolgende Ankauf nur ein Scheinkauf sei (cum et nomen emptionis imaginarius iste emptor accomodet), indem der Käufer nichts aus seinem Vermögen dafür aufwende. In Wirklichkeit ist der Käufer der Vertrauensmann (Strohmann), der von dem Sklaven vorgeschoben wird, weil dieser sich nicht selbst kaufen kann. Nun würde ein Ankauf, bei dem sich der Käufer dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, den Sklaven nicht freizulassen, gegen die Intention des hinter der Mittelsperson stehenden effektiven Käufers, d. i. des Sklaven, verstoßen. Daraus folgert Ulpian, daß der Sklave trotz einer solchen von dem Käufer dem Verkäufer gegenüber übernommenen Verpflichtung die Freilassung erzwingen könne. Das obligatorische Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Verkäufer wird dadurch nicht berührt. Wenn der Verkäufer die Freilassung in diesem Falle nicht verhindern kann, obwohl er dem Verkaufe das Freilassungsverbot einfügte, so er kann doch von dem Käufer den Ersatz etwaigen Schadens verlangen.

Für die Entstehung der Freilassungspflicht macht es keinen Unterschied, ob der Sklave durch den Fiskus oder eine Stadtgemeinde oder durch einen Privatmann gekauft worden ist; ebenso ist es einerlei, ob der Käufer männlichen oder weiblichen Geschlechtes ist (§ 8). Es kann also auch der Fiskus oder die Gemeinde, die den Sklaven mit dessen Geld gekauft hat, zur Freilassung gezwungen werden; ebenso eine Frau. Auch auf das Alter des Käufers kommt nichts an. Selbst wenn der Käufer unmündig ist, muß er sein Freilassungsversprechen erfüllen, weil er dadurch keine Vermögenseinbuße erleidet (§ 8). Das stimmt mit der bekannten Regel überein, daß der Unmündige der Mitwirkung des Vormundes nur zu solchen Geschäften bedarf, durch die er seine Vermögenslage verschlechtert. Ist der Käufer ein Sklave, so kann der gekaufte Sklave von dem Herrn des kaufenden Sklaven die Freilassung verlangen (§ 8 i. f.).

Keine Anwendung findet die Verordnung der divi fratres auf Sklaven, die überhaupt nicht freigelassen werden können. Als ein solcher Sklave wird zuerst genannt ein Sklave, bei dessen früherem

[1] Vgl. l. 53 i. f. D. de iudiciis 5, 1.

Verkaufe bestimmt wurde, daß er aus einem bestimmten Bezirke hinaus verbracht werden müsse (si servus exportandus venierit). Das ist einigermaßen befremdend; denn die bezeichnete lex venditionis enthält kein absolutes Freilassungsverbot. Zwar innerhalb des Bezirkes, aus welchem der Sklave hinaus verbracht werden soll, kann der Sklave nicht freigelassen werden.[1] Aber außerhalb dieses Bezirkes kann er freigelassen werden,[2] nur ist seine Freiheit insofern problematisch, als er Sklave des Fiskus wird, wenn er als Freigelassener seinen Aufenthalt an einem Orte nimmt, an dem er nach dem Vertrage sich nicht aufhalten darf.[3] Daß Ulpian den servus exportandus als einen solchen anführt, dessen Freilassung im Falle der redemptio suis nummis nicht erzwungen werden kann, erklärt sich wohl daraus, daß die Freilassung nicht überall, sondern nur außerhalb eines gewissen Bezirkes möglich ist. Des weiteren nennt Ulpian als einen Sklaven, dessen Freilassung unmöglich ist, denjenigen, dessen Freilassung bei der Veräußerung oder in einem Testamente verboten ist. Dieses Verbot hat die Nichtigkeit der Freilassung zur Folge[4] und steht daher auch dem Freiheitserwerbe bei der redemptio suis nummis im Wege. Da das Freilassungsverbot, welches erst bei der redemptio suis nummis aufgestellt wird, nach den obigen Ausführungen[5] den Sklaven nicht hindert, die Freilassung zu verlangen, so kommt als Hindernis der Freilassung nur ein Freilassungsverbot in Betracht, mit dem der Sklave schon bei einer früheren Veräußerung belastet worden war.[6]

Eine redemptio suis nummis und daher ein Anspruch des Sklaven auf Freilassung ist auch gegeben, wenn der Sklave dem Käufer nur einen Teil des Kaufpreises bar bezahlt, den Rest aber durch Dienstleistungen (operae) abverdient oder durch nachträglichen Erwerb beglichen hat (§ 10). Die Anrechnung der Dienstleistungen und des nachträglich von dem Sklaven gemachten Erwerbs erklärt sich daraus, daß das Herrenrecht des Käufers bis zur versprochenen Freilassung nur ein formelles Recht ist. Deswegen werden die Dienstleistungen und die nicht auf Kosten des Käufers vom Sklaven erworbenen Gegenstände als Werte behandelt, die zur Erstattung des vom Käufer ausgelegten Preises verwendbar sind.

Hat der Miteigentümer eines Sklaven dem anderen Miteigentümer den diesem gehörenden Teil des Sklaven mit dem Gelde des Sklaven abgekauft, so findet die Verordnung der divi fratres keine Anwendung,

---

[1] L. 3 C. si servus exportandus veneat 4, 55.

[2] L. 1 pr. C. eod. [3] L. 1 § 1, l. 2 C. eod., Fr. Vat. § 6.

[4] L. 5 C. si mancipium ita alienatum, ut manumittatur vel contra 4, 57.

[5] Siehe oben S. 6.

[6] So schon die Glosse Pervenire zu l. 4 § 7 D. de manumiss. 40, 1.

der Sklave kann also die Freilassung nicht beanspruchen. Ebenso verhält es sich, wenn der Eigentümer des Sklaven mit dessen Geld den Nießbrauch an dem Sklaven dem Nießbraucher abgekauft hat (§ 11). Hat dagegen der Nießbraucher dem Eigentümer das Eigentum an dem Sklaven mit dessen Geld abgekauft, so ist die Verordnung anwendbar, der Sklave kann also die Freilassung verlangen (§ 12). Haben zwei Personen den Sklaven gekauft, die eine Person mit eigenem Geld, die andere mit Geld des Sklaven, so findet die Verordnung keine Anwendung; jedoch kann derjenige, welcher mit dem Gelde des Sklaven gekauft hat, zur Freilassung gezwungen werden, wenn der andere, welcher den Anteil am Sklaven auf seine Kosten erworben hat, zur Mitwirkung bei der Freilassung bereit ist (§ 13). Hat jemand einen Anteil an einem Sklaven mit Geld des Sklaven gekauft und den anderen Anteil unentgeltlich (ex causa lucrativa) dazu erworben, so ist die Verordnung anwendbar, der Sklave kann also die Freilassung erzwingen (§ 14).

Der Behandlung der in den §§ 11—14 angeführten Fälle liegt der Gedanke zugrunde, daß der Freilassungszwang stattfindet, wenn der Käufer durch die Freilassung keine Vermögenseinbuße erleidet. Deswegen kann nicht zur Freilassung gezwungen werden, wer als Miteigentümer den einem anderen gehörenden Teil oder als Eigentümer den einem andern gehörenden Nießbrauch mit Mitteln des Sklaven erworben hat; denn durch die Freilassung würde er den Teil des Sklaven, welcher ihm schon früher gehörte, oder das Eigentum, welches ihm früher als ein mit dem Nießbrauche belastetes zustand, verlieren, ohne dafür schadlos gehalten zu werden.

Daß der Nießbraucher, welcher zu seinem Nießbrauche das Eigentum mit dem Gelde des Sklaven hinzugekauft hat, zur Freilassung gezwungen werden kann, scheint mit dem obigen Grundgedanken in Widerspruch zu stehen, weil der Käufer durch die Freilassung den Nießbrauch ohne Entschädigung verliert. Daher nimmt Accursius in seiner Glosse Pertineat[1] zu l. 4 § 12 D. de manumiss. an, der Nießbrauch dauere nach der Freilassung fort, und beruft sich zur Stütze dieser Annahme auf l. 1 § 1 C. communia de manumiss. 7, 15. Nach dieser Stelle wird ein mit einem Nießbrauche belasteter Sklave durch die von dem Eigentümer vollzogene Freilassung zwar dem Eigentümer gegenüber frei, der Nießbrauch bleibt aber bestehen, wenn der Nießbraucher nicht seine Zustimmung zu der Freilassung erklärt. Die Ansicht des Accursius ist nicht zu billigen. Die in l. 1 § 1 C. cit. enthaltene Vorschrift setzt voraus, daß der Nießbrauch einem anderen als dem Eigentümer zusteht, und verträgt daher keine entsprechende

[1] Die Bononienser Handschriften zweiter Ordnung haben am Schlusse des § 12 pertineat statt pertineret.

Anwendung auf den Fall, daß sich der Nießbrauch mit dem Eigentum vereinigt hat. Der Nießbrauch ist nach dem im römischen Rechte stets festgehaltenen Satze „Nulli res sua servit" durch den Erwerb des Eigentums erloschen, daher kommt der frühere Nießbrauch des jetzigen Eigentümers nicht mehr als Wertobjekt in Betracht.

Nicht ganz unbedenklich ist die Behandlung des Falles, in welchem der Käufer zu dem mit dem Gelde des Sklaven erworbenen Teile des Sklaven den anderen Teil unentgeltlich hinzuerworben hat, da der Käufer durch die Freilassung den hinzuerworbenen Teil verliert, ohne dafür Entschädigung zu bekommen. Deshalb meint Accursius in der Glosse Locum habere zu l. 4 § 14 D. de manumission., der Sklave könne die Freilassung nur erzwingen, wenn er auch den Wert des unentgeltlich erworbenen Teiles bezahle. Der Meinung Ulpians entspricht das schwerlich, denn Ulpian sagt nichts von der Bedingung, von der Accursius den Freilassungszwang abhängig machen will. Erklären läßt sich der unbedingte Freilassungszwang daraus, daß der Käufer weder für den mit dem Gelde des Sklaven gekauften Teil noch für den durch Schenkung oder Vermächtnis hinzuerworbenen anderen Teil etwas aus seinem Vermögen aufgewendet hat („satis est enim, quod is, qui emptioni suum nomen accomodaverit, nihil de suo inpendit" l. 4 § 1 i. f. D. de manumission. 40, 1).

## 3.

Liegt eine redemptio suis nummis vor, so kann der Sklave seinen Herrn, den Käufer, in Rom bei dem Stadtpräfekten, in der Provinz bei dem Statthalter verklagen, wenn der Käufer die Freilassung nicht vollzieht (l. 5 pr. D. de manumission. 40, 1). Das Verfahren ist dem Verfahren zur Erzwingung einer fideicommissaria libertas nachgebildet, es beruht wie dieses auf dem Gedanken, daß der Zwang zur Freilassung dadurch begründet wird, daß der Herr des Sklaven durch Unterlassung der Freilassung die fides verletzt („contractus *fidem* detegendi servo potestas tributa est", l. 53 i. f. D. de iud. 5, 1. „Aequum est eum *fidem* implere", l. 4 § 8 D. de manumiss. 40, 1). Ebenso wie das Verfahren zur Erzwingung der fideicommissaria libertas ist das Verfahren gegen den redemptor eine extraordinaria cognitio. Das Verfahren beginnt mit einem Antrage auf Vorladung (evocatio) des Beklagten durch den Beamten.[1] Bei der Verhandlung kann der Sklave seinem Herrn gegenüber als Partei auftreten (l. 53 D. de iud. 5, 1, l. 5 pr. D. de manumission. 40, 1). Er ist also ausnahmsweise für dieses Verfahren partei- und prozeßfähig, gleichwie er es auch für das Verfahren zur Erzwingung einer fideicommissaria libertas ist.[2] Der Sklave hat

[1] Vgl. l. 26 §§ 7, 9 D. de fideic. lib. 40, 5.

[2] Vgl. l. 53 D. de iud. 5, 1.

zu beweisen, daß eine redemptio suis nummis vorliegt. Gelingt ihm der Beweis, so ergeht seitens des Stadtpräfekten oder des Statthalters der Befehl (iussus)[1] an den Käufer, den Sklaven freizulassen. In l. 67 D. de iud. 5, 1 sagt Ulpian, die kaiserliche Verordnung bestimme nicht, daß der Sklave (von dem Beamten) für frei zu erklären, sondern daß ihm die Freiheit (von dem Käufer) zu gewähren sei; der Erwerb der Freiheit sei aber auf den Zeitpunkt des Ankaufs mit dem Gelde des Sklaven zurückzudatieren (exinde liber erit ex quo redemptus est).[2] Die Zurückdatierung der Freiheit ergibt sich aus dem von Ulpian auch in l. 4 §§ 2, 7 D. de manumiss. 40, 1 vertretenen Annahme, daß der Käufer nur zum Schein als Käufer auftrete, während in Wirklichkeit der Sklave sich selbst loskaufe. Die Zurückdatierung auf die Zeit des Ankaufs hat zur Folge, daß der Käufer auf den zwischen dem Ankauf und der Freilassung erfolgten Erwerb des Sklaven keinen Anspruch hat.

Kommt der Käufer dem Befehle, den Sklaven freizulassen, nicht alsbald nach, so ist er zur Freilassung zu zwingen (proinde compellendus erit manumittere eum qui se suis nummis redemit, l. 67 cit. Satz 2). Der Stadtpräfekt und der Provinzialstatthalter waren als Beamte höchsten Ranges mit dem Rechte der coercitio ausgestattet, konnten also mit Geldstrafe und mit Haft gegen denjenigen einschreiten, welcher ihren Anordnungen den Gehorsam verweigerte. Übrigens konnte der Beamte auch den Sklaven für frei erklären, wenn der Käufer die Freilassung nicht vornehmen wollte. Das ist aus l. 51 § 9 D. de fideicomm. lib. 40, 5 zu folgern. Marcian behandelt in der l. 51 cit. das fideicommissum libertatis. In § 4 kommt er auf das senatusconsultum Dasumianum zu sprechen. In diesem ist bestimmt: wenn derjenige, welcher durch fideicommissum zur Freilassung verpflichtet ist, aus ehehaftem Grunde (ex iusta causa) vor dem Richter (bei dem er auf Erfüllung des Fideikommisses verklagt ist) nicht er-

[1] In l. 43 D. de a. e. v. 18, 1 findet sich der Ausdruck iussus praetoris für die Anordnung der Freilassung auf Grund eines fideicommissum libertatis. Es ist unbedenklich, den Ausdruck auf die Anordnung der Freilassung im Falle der nachgewiesenen redemptio zu übertragen.

[2] P. Krüger will nach Mommsens Ausgabe in l. 67 cit. *non* vor exinde einschalten, so daß die Stelle lauten würde: Qui se dicit nummis suis redemptum, si hoc probaverit, *non* exinde liber erit quo redemptus est, quia constitutio non liberum pronuntiari praecipit, sed restitui ei libertatem iubet. Gegen diese Emendation sprechen die Basiliken L. VII tit. 5 § 66: Ὁ ἰδίοις ἀργυρίοις ἀγορασθείς, ἐξότε ἠγοράσθη δοκεῖ ἐλευθερῶσθαι καὶ ἀναγκάζεται ὁ ἀγοραστὴς ἐλευθερῶσαι. Es besteht auch kein Grund zu der Einschiebung, da die Stelle so, wie in den Handschriften steht, ihren guten Sinn hat. — Cujacius Comm. in tit. I de iudiciis lib. V Dig. (Ed. Prat. VII col. 249) versteht die Stelle ebenso, wie sie oben im Texte gedeutet wird, nämlich im Sinne einer Zurückdatierung der Freilassung.

scheint, soll das entschuldigte Ausbleiben durch Richterspruch festgestellt werden und mit diesem Spruch (pronuntiatio) tritt die Freiheit ein, wie wenn der Sklave zufolge des Fideikommisses ordnungsmäßig freigelassen worden wäre. In § 9 schreibt Marcian:

> Sive iusta ex causa abest sive latitet[1] *sive praesens non vult manumittere*, pro absente eum haberi divus Pius rescripsit.

Hiernach ist derjenige, welcher durch ein Fideikommiß zur Freilassung verpflichtet ist, wenn er zwar vor dem Gericht erscheint, aber erklärt, daß er die Freilassung nicht vollziehen werde, wie ein Nichterschienener zu behandeln. Da nun im Falle des Nichterscheinens des Beklagten der Prätor den Sklaven für frei zu erklären hat, so kann er auch in dem Falle der Weigerung der Freilassung seitens des erschienenen Beklagten den Sklaven für frei erklären. Das Verfahren bei der redemptio servi suis nummis ist dem Verfahren beim fideicommissum libertatis nachgebildet; der Stadtpräfekt oder der Provinzialstatthalter kann also den servus redemptus für frei erklären, wenn der erschienene redemptor sich weigert, dem Freilassungsbefehle des Beamten zu gehorchen. Die Freilassung wird durch die pronuntiatio ersetzt.

Entzieht sich der redemptor der Vorladung, indem er sich verbirgt oder der Vorladung keine Folge leistet, so sind nach l. 67 (Satz 2) D. de iud. 5, 1 die Senatsbeschlüsse, welche sich auf die fideicommissaria libertas beziehen entsprechend anzuwenden. In Betracht kommt das senatusconsultum Rubrianum, das senatusconsultum Dasumianum und das senatusconsultum Articuleianum.[2] Nach dem senatusconsultum Rubrianum hat der Prätor, welcher von dem Sklaven um Erzwingung der fideicommissaria libertas angegangen worden ist, wenn der vorgeladene Fiduziar ausbleibt, zu untersuchen, ob das fideicommissum zu Recht besteht, und gegebenenfalls den Sklaven für frei zu erklären.[3] Die absichtliche Vereitelung der Ladung (latitatio) ist in dem überlieferten Texte des Senatsbeschlusses nicht erwähnt. Sie ist aber sicherlich ebenso behandelt worden, wie das Nichterscheinen des Geladenen, wie schon daraus hervorgeht, daß Ulpian in l. 67 D. cit. sagt, bei latitatio des redemptor seien die auf die Freiheitsfideikommisse bezüglichen Senatsbeschlüsse anwendbar. Das senatusconsultum Dasumianum betrifft den Fall, daß der

---

[1] Der Fall der latitatio ist in dem unten zu besprechenden senatusconsultum Rubrianum behandelt.

[2] Nach Mommsen, Hermes III S. 345 Nr. 5 (Ges. Schriften IV S. 380 N. 4) ist das Sc. Rubrianum im Jahre 103, das Sc. Articuleianum im Jahre 123 p. Chr., das Sc. Dasumianum in der Zwischenzeit erlassen. Rudorff, Ztschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XII S. 310 f. meinte, die drei Senatsbeschlüsse seien vom Jahre 100 p. Chr.

[3] L. 26 § 7 D. de fideicomm. lib. 40, 5; vgl. a. l. 1 D. eod.

von dem Prätor vorgeladene Fiduziar aus ehehaftem Grunde (ex iusta causa) nicht erscheint; dann soll zwar ebenso wie im Falle unentschuldigten Ausbleibens die Freiheit des Sklaven ausgesprochen werden, aber mit der Feststellung des Vorhandenseins eines triftigen Entschuldigungsgrundes.[1] Das ist, wie im weiteren Verlaufe dieser Untersuchung dargelegt werden wird, wegen des Patronatsrechts bedeutsam (siehe u. S. 16). Das senatusconsultum Articuleianum bestimmt, daß in den Provinzen die Statthalter über die fideicommissaria libertas zu entscheiden haben, auch wenn die Erben nicht der betreffenden Provinz angehören.[2] Die entsprechende Anwendung der Senatsbeschlüsse auf die redemptio suis nummis führt dazu, daß der Stadtpräfekt oder der Provinzialstatthalter den Sklaven für frei zu erklären hat, wenn der redemptor nicht erschienen ist, vorausgesetzt, daß die redemptio suis nummis erwiesen worden ist. Dabei ist wie bei dem fideicommissum libertatis des Patronatsrechts wegen festzustellen, ob das Nichterscheinen des redemptor ein böswilliges war oder auf einem ehehaften Grunde beruht.

Gelingt dem Sklaven, welcher seinen Herrn als angeblichen redemptor suis nummis auf Freilassung belangt hat, der Beweis der redemptio suis nummis nicht, so wird nicht nur sein Antrag abgewiesen, sondern er wird zur Bergwerksstrafe (poena metalli) oder unter Zurückgabe an seinen Herrn zu Gefängnisstrafe (poena vinculorum) verurteilt. Gefängnisstrafe wird nur dann verhängt, wenn sich der Herr bereit erklärt, den Sklaven wieder zu sich zu nehmen. So: l. 5 pr. D. de manumission. 40, 1 und l. 38 § 4 D. de poenis 48, 19. Die Bergwerksstrafe wird auf Lebenszeit erkannt. Daß der Sklave zu Bergwerksarbeit auf Zeit verurteilt werden könne, ist nirgends gesagt und widerspräche auch dem römischen Sprachgebrauche, wonach die Verurteilung zur Zwangsarbeit auf Zeit nicht als poena metalli bezeichnet wird.[3] Der zur Bergwerksstrafe Verurteilte hat in einem staatlichen Bergwerke Zwangsarbeit zu leisten. Der zur Gefängnisstrafe verurteilte Sklave wird gegeißelt[4] und sodann zur Vollstreckung der Gefängnisstrafe seinem Herrn zurückgegeben. Dieser hat den Sklaven lebenslänglich[5] im Sklavenkerker[6] gefangen

[1] L. 22 § 2, l. 36 pr., l. 51 §§ 4—6 eod. [2] L. 51 § 7 D. eod.

[3] Vgl. l. 28 § 6 D. de poenis 48, 19: Divus Hadrianus in haec verba rescripsit. „In opus metalli ad tempus nemo damnari debet. sed qui ad tempus damnatus est, etiamsi faciet metallicum opus non in metallum damnatus esse intelligi debet." Vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht S. 949.

[4] Vgl. l. 10 pr. D. de poenis 48, 19: — servus sub poena vinculorum ... flagellis caesus domino reddi iubetur.

[5] Vgl. l. 10 C. de poenis 9, 47: Servus sub poena vinculorum sine temporis praefinitione domino reddi iussus sententiae praesidis provinciae perpetuo vinctus esse debet. [6] Vgl. Mommsen a. a. O. S. 962.

zu halten, wobei dem Sklaven Fesseln (vincula) anzulegen sind. Natürlich kann der Herr die Arbeitskraft des Sklaven ausnützen und zu diesem Zwecke die Fesselung zeitweilig beseitigen. Eine strengere Strafe als die Einkerkerung — etwa Züchtigung — darf der Herr über den Sklaven, der ihm zurückgegeben wird, wegen des Deliktes, welches der Sklave durch das unbegründete Verlangen der Freilassung begangen hat, nicht verhängen.[1]

Die Bestrafung des Sklaven beruht darauf, daß der Sklave, welcher seinen Herrn auf Freilassung verklagt, aber die redemptio suis nummis nicht beweisen kann, eine Unbotmäßigkeit gegen den Herrn begeht. Daß der Sklave, welcher gegen seinen Herrn eine unbegründete Klage auf Gewährung der fideicommissaria libertas erhob, ebenfalls gestraft werde, ist in den Quellen nirgends erwähnt. Hier scheint die Strafgewalt, welche in dem Herrenrechte liegt, als ausreichend betrachtet worden zu sein.

## 4.

Wie verhält es sich mit dem Patronatsrechte des Käufers, welcher den Sklaven auf dessen Kosten erworben hat? Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Der Käufer hat die versprochene Freilassung freiwillig oder auf Geheiß des von dem Sklaven angegangenen Beamten vollzogen, dann wird er Patron des Freigelassenen.[2] Aber das volle Patronatsrecht kommt ihm nicht zu. Er hat keinen Alimentationsanspruch gegen den Freigelassenen.[3] Er hat nicht das Recht, dem Freigelassenen Arbeitsleistungen (operae) aufzulegen.[4]) Er kann nicht die ingrati accusatio gegen den Freigelassenen erheben.[5]) Er hat

---

[1] L. 5 pr. i. f. D. de manumission. 40, 1: utique non maiorem ex ea causa poenam constituturus.

[2] L. 8 C. de oper. libert. 6, 3: Si tuis nummis emptus es ab eo a quo manumissus es, nec operas ei debes neque puniri ab eo utpote ingratus potes: patronum tamen tuum esse negari non oportet. Vgl. B. W. Leist in Glücks Pandektenkomm. Ser. d. Bücher 37, 38 Teil 4 S. 460.

[3] L. 5 § 22 D. de agnoscendis et alendis liberis etc. 25, 3: Si quis a liberti liberto ali se desideret vel ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit quemque [Mommsen: quemve] suis nummis redemit, non debet audiri, ut et Marcellus scribit, exaequatque eum, qui mercedes exigendo ius libertorum amisit.

[4] Vgl. die oben in Note 2 abgedruckte Kodexstelle.

[5] L. 3 D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis 37, 15: (Marcellus libro singulari responsorum) Titius puerum emit, quem post multos annos venire iussit: postea exoratus accepto ab eo pretio eum manumisit: quaero an eum filius et heres manumissoris ut ingratum accusare possit. respondit posse, si nihil aliud esset

nicht die sonst dem Patron zustehende Befugnis, der von ihm geheirateten Freigelassenen eine andere Ehe zu verbieten.[1]) Dieselben Abschwächungen des Patronatsrechts finden sich bei der Freilassung zufolge eines fideicommissum libertatis.[2] Sie erklären sich hier wie dort daraus, daß die Freilassung nicht eine aus eigenem Entschlusse des Freilassers dem Sklaven gewährte Wohltat, sondern die Erfüllung einer Verpflichtung ist. Nur der Freilasser, welcher dem Sklaven aus eigenem Entschlusse die Wohltat der Freiheit gewährt, hat auf die Dankbarkeit des Sklaven den weitesten Anspruch. Merkwürdig ist die Verschiedenheit, die in Ansehung des Erbrechts zwischen den beiden Arten von Patronen besteht. Während bei der fideikommissarisch angeordneten Freilassung der Patron das patronatische Erbrecht hat,[3] steht bei der Freilassung auf Grund einer redemptio suis nummis dem Patron kein solches Erbrecht zu. Nach l. 1 pr. C. de bon. libert. 6, 4[4] hat der Patron in diesem Falle kein prätorisches Noterbrecht gegenüber dem Freigelassenen. In l. 4 § 4 C. eod.[5] wird gelegentlich einer Erörterung über das Patronatsrecht

impedimento: nam plurimum interesse, a suo servo quis vel etiam ab amico acceptis nummis dederit libertatem, an ab eo servo, qui cum esset alienus in fidem eius devenit. etenim ille etiamsi non gratuitum, beneficium tamen praestitit, iste nihil amplius quam operam suam accomodare videri potest. Aus der Gegenüberstellung des Falles, in welchem der Herr seinen Sklaven auf dessen Bitte freigelassen hat, ohne dazu verpflichtet zu sein, und des Falles, in welchem sich der Herr durch die redemptio servi suis nummis zur Freilassung verpflichtet hatte, geht deutlich hervor, daß im zweiten Falle die accusatio ingrati ausgeschlossen ist. Vgl. auch die S. 13 in Note 2 abgedruckte Kodexstelle.

[1] L. 45 § 2 D. de ritu nupt. 23, 2. Nachdem im pr. dieser lex gesagt, daß das Eheverbot auch dem Patron zustehe, welcher die Sklavin hac lege emit, ut manumittat, heißt es in § 2: Ne is quidem debet habere (sc. das Recht des Eheverbots), qui non suis nummis comparavit.

[2] Der Patron hat auch in diesem Falle keinen Alimentationsanspruch: l. 5 § 22 D. de agnosc. et alend. lib. etc. 25, 3, kein Recht zur Auflage von operae: l. 29 pr. de bon. lib. 38, 2, l. 13 § 1 D. de oper. lib. 38, 1, l. 95 D. de leg. I, l. 5 C. de oper. lib. 6, 3 und keine Befugnis zum Eheverbot: l. 50 D. de ritu nupt. 23, 2, l. 10 D. de divortiis 24, 2.

[3] L. 3 § 1 D. de suis et legitimis her. 38, 16, l. 29 pr. D. de bon. lib. 38, 2, l. 1 C. de bon. poss. c. t. 6, 13; vgl. auch l. 1 § 3 D. de legit. tutoribus 26, 4.

[4] Impp. Severus et Antoninus AA. Secundae: Multum interest, utrum quis suis nummis emptus et manumissus sit ab emptore, an a domino suo data pecunia mereatur libertatem. priore enim casu ad contra tabulas admitti patronum non placet, posteriore omnia iura patronatus retinet.

[5] Imp. Justinianus: — οὐκ ἔχει δὲ ἐπ' αὐτῷ πατρονικὸν δίκαιον ὁ δεσπότης, ὥσπερ οὐδὲ ἐπὶ ἐκείνῳ τῷ κατὰ τοὺς παλαιοὺς νόμους ἰδίοις ἀργυρίοις ἀγορασθέντι· κατὰ τούτου γὰρ οἱ παλαιοὶ τὰ ἀπὸ τοῦ πραίτωρος πατρονικὰ δίκαια ἠρνοῦντο τῷ ἐλευθερώσαντι.

an dem Sklaven, für welchen der verklagte Besitzer dem Herrn die litis aestimatio gezahlt hat, bemerkt, auch dem redemptor servi suis nummis seien die auf dem Edikte des Prätors beruhenden patronatischen Erbrechte nach alten Gesetzen versagt. Daß ihm auch das zivile Erbrecht nicht zusteht, ist in unseren Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen, darf aber aus der Versagung des prätorischen Erbrechts mit Sicherheit gefolgert werden, da das zivile Erbrecht niemals über das prätorische hinausgeht. Die Verschiedenheit in Ansehung des Erbrechts erklärt sich daraus, daß der Freilasser ex causa fideicommissi den Vermögenswert des Sklaven durch die Freilassung verliert, während der redemptor den Wert des Sklaven nicht aus seinem Vermögen hergibt, weil er bei dem Ankaufe nur als Mittelsperson fungiert und den Preis des Sklaven von anderer Seite her bekommen hat. Das patronatische Erbrecht beruht darauf, daß der Freilasser dem Sklaven das beneficium bonorum quaerendorum auf seine Kosten verleiht, weshalb in diesem Falle die bona an den Patron zurückfallen, wenn keine liberi des Freigelassenen vorhanden sind. Der redemptor verleiht die Freiheit aber nicht auf seine Kosten, weshalb ihm kein Erbrecht zusteht.[1] Daraus, daß der redemptor als Freilasser kein patronatisches Erbrecht hat, ergibt sich, daß er auch kein Recht auf die tutela über den Freigelassenen und seine Kinder hat;[2] denn das Recht auf die tutela hängt mit dem zivilen Erbrechte zusammen.

Der von dem redemptor Freigelassene ist nicht, wie ein anderer Freigelassener, verpflichtet, die Vormundschaft über die Kinder des Patrons auch dann zu übernehmen, wenn ihm ein Exkusationsgrund zur Seite steht; er kann sich also von der Vormundschaft nach den allgemeinen Regeln exkusieren (l. 14 § 3 D. de excusationibus 27, 1).[3] In diesem Punkte steht er dem ex causa fideicommissi Freigelassenen gleich, dem das Exkusationsrecht ebenfalls nicht entzogen ist.[4]

Das abgeschwächte Patronatsrecht des redemptor, welcher den Sklaven freigelassen hat, beschränkt sich sonach auf den honor und die reverentia, wozu der Freigelassene dem Patrone gegenüber verpflichtet ist. Konsequenzen dieser Verpflichtung treten insbesondere hervor in dem Verbote, den Patron ohne spezielle Erlaubnis vor

---

[1] Vgl. B. W. Leist a. a. O. I S. 355 u. 461.

[2] Vgl. B. W. Leist a. a. O. I S. 461 f. Nr. 72.

[3] Modestinus libro quinto excusationum: Ὁ ἰδίῳ ἀργυρίῳ ὠνηθεὶς καὶ ἀπελευθερωθεὶς οὐδαμῶς συγκρίνεται τοῖς λοιποῖς ἀπελευθέροις. Daß Modestin von dem den anderen Freigelassenen entzogenen Exkusationsrechte handelt, ist aus dem Zusammenhange des § 3 mit den vorangehenden und mit dem folgenden Paragraphen mit Sicherheit zu entnehmen.

[4] L. 24 D. de excusationibus 27, 1; Vat. fragm. § 225.

Gericht zu laden,[1] ferner in der Unzulässigkeit einer entehrenden Beschuldigung, weshalb dem Freigelassenen die Erhebung einer entehrenden Zivilklage sowie die exceptio doli gegen den Patron versagt wird,[2] sodann in der Beschränkung des Freigelassenen in Ansehung der Befugnis Kriminalanklagen gegen den Patron zu erheben,[3] endlich in der strengeren Bestrafung der gegen den Patron begangenen Delikte.[4] Daß dem redemptor nicht das Recht zusteht, gegen den Freigelassenen die strenge, möglicherweise zur Aufhebung der Freilassung führende accusatio ingrati zu erheben, wurde oben (siehe o. S. 13 bei N. 5) erwähnt. Aber wegen Verletzung der Ehrungspflicht durch rücksichtsloses Benehmen kann der Freigelassene auf Antrag des Patrons zu einer im Ermessen des Richters stehenden Strafe verurteilt werden. Das ist in l. 5 C. de operis libertorum 6, 3[5] in Ansehung des ex causa fideicommissi Freigelassenen ausgesprochen. Auf den Freigelassenen, welcher mit seinem Gelde angekauft worden war, ist dieser Ausspruch entsprechend anzuwenden, da beide Arten von Freigelassenen in bezug auf die Ehrungspflicht gleichstehen.

b) Wird nach Analogie des senatusconsultum Rubrianum (vgl. S. 11f.) der Sklave nach vorgängiger Kognition von dem Stadtpräfekten oder dem Provinzialstatthalter für frei erklärt, weil der redemptor sich der Ladung entzogen oder ihr nicht Folge geleistet hat, so steht dem redemptor kein Patronatsrecht zu. Der Sklave hat in diesem Falle überhaupt keinen Patron. Von dem Sklaven, welcher auf Grund eines Fideikommisses nach dem rubrianischen Senatsbeschlusse für frei erklärt wird, ist in den Quellen gesagt, daß er libertus orcinus werde.[6] Danach gilt also der Erblasser, welcher das Fideikommiß angeordnet

---

[1] Vgl. l. 4 § 1, l. 8 § 1, l. 10 §§ 5, 12 D. de in ius voc. 2, 4 § 3 I. de poen. tem. litig. 4, 16; Gai. IV, 183. Einzelheiten siehe bei B. W. Leist a. a. O. II S. 33 ff.

[2] Vgl. wegen der Unzulässigkeit von Klagen: l. 5 § 1 l. 7 D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis 37, 15; wegen der Unzulässigkeit der exceptio doli: l. 4 § 16 D. de doli mali except. 44, 4.

[3] Vgl. l. 8 D. de accusationibus 48, 2; l. 21 C. qui accusare non possunt 9, 1.

[4] Vgl. l. 1 D. de lege Pompeia de parricidiis 48, 9; l. 28 § 8 D. de poenis 48, 19; l. 7 § 8 D. de iniuriis 47, 10.

[5] Imp. Antoninus A. Terentio: Mater tua ab eo, quem ex causa fideicommissi manumisit, operas impositas petere non potest, nisi eius tantummodo temporis, quo eum ante manumisit, quam dies fideicommissae libertatis existeret. sed nisi ei honorem patronis debitum exhibuerit, adeat competentem iudicem pro modo admissi vindicaturum. Man darf nicht etwa an eine accusatio ingrati denken; denn diese findet gegen den ex causa fideicommissi Freigelassenen ebensowenig statt, wie gegen den Freigelassenen, welcher mit seinem Gelde gekauft worden war; siehe l. 1 C. de libertis et eorum liberis 6, 7.

[6] L. 49 D. de fideicomm. libert. 40, 5 „dicendum orcinum fieri".

hatte, als Patron, woraus sich ergibt, daß dessen Kinder und sonstige Verwandten die Rechte der Patronskinder und der Patronsverwandten haben. Die entsprechende Anwendung auf den Fall der latitatio des redemptor ist nicht angängig. Sie würde dazu führen, den Verkäufer als den Patron des Freierklärten zu behandeln. Diesem verdankt aber der Freierklärte seine Freiheit nicht, während er sie bei dem Fideikommiß dem Erblasser verdankt. Sonach ist bei der latitatio des redemptor der Freierklärte ganz ohne Patron.

Gleich der latitatio ist die Verweigerung der Freilassung seitens des erschienenen redemptor zu behandeln.

c) Die entsprechende Anwendung des senatusconsultum Dasumianum (siehe o. S. 10f.) führt dazu, daß bei entschuldigtem Ausbleiben des von dem Stadtpräfekten oder Statthalter als redemptor geladenen Beklagten der Sklave nach vorgängiger Kognition von dem Beamten für frei erklärt wird unter der Feststellung, daß der redemptor aus einem triftigen Grunde (ex iusta causa) nicht erschienen sei. In diesem Falle hat der redemptor das Patronatsrecht in gleichem Umfange, wie wenn er die Freilassung vollzogen hätte.[1]

## 5.

In l. 8 § 5 D. mandati vel contra 17, 1 behandelt Ulpian in Anschluß an Julian den Fall, daß ein homo liber bona fide serviens, d. i. ein Freier, der sich selbst für einen Sklaven hielt, jemanden beauftragte, ihn mit seinem Gelde anzukaufen und freizulassen. Wenn der Beauftragte dem Auftrage gemäß den vermeintlichen Sklaven angekauft und freigelassen hat, hiernach aber der vermeintliche Sklave im Statusprozeß für freigeboren erklärt worden ist, so entsteht die Frage, ob und worauf der Auftraggeber gegen den Beauftragten einen Anspruch aus dem Auftrage hat. Die beiden Juristen unterscheiden, ob das von dem vermeintlichen Sklaven zu seinem Ankaufe hergegebene Geld aus dem Sondervermögen (peculium im weiteren Sinne) herrührte, welches ihm selbst gehörte, oder aus dem Vermögen, welches seinem vermeintlichen Herrn gehörte. Was ein liber homo bona fide serviens erwirbt, gehört nämlich teils ihm selbst, teils demjenigen, welcher den Sklaven in gutem Glauben besitzt. Dem vermeintlichen

[1] L. 51 § 4 D. de fideicommiss. libert. 40, 5. (Marcellus) Senatusconsulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideicommissam libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit, perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicommissi manumissus esset. L. 36 pr. D. eodem: (Maecianus) Dasumiano senatusconsulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur *nec libertus eripiatur his, qui fraude careant.* § 1: Si per procuratorem quis defendatur, semper iusta ex causa abesse dicitur *nec libertus ei eripitur.*

Sklaven selbst gehört, was er nicht mit Mitteln des Besitzers und nicht durch seine Arbeitstätigkeit (operae) erwirbt; also der Erwerb der aus einer Erbeseinsetzung, einem Vermächtnis oder einer Schenkung. Was er mit Mitteln des Besitzers oder durch seine Arbeitstätigkeit erwirbt, gehört dem gutgläubigen Besitzer.[1] Daß der Erwerb aus der Arbeitstätigkeit des vermeintlichen Sklaven dem gutgläubigen Besitzer desselben zufällt, erklärt sich daraus, daß die Sklavenarbeit als Frucht des Sklaven behandelt[2] und daher, wie andere Früchte, vom gutgläubigen Besitzer erworben wird.

Rührt das Geld, welches der vermeintliche Sklave dem redemptor zum Ankauf gegeben hat, aus seinem Vermögen her, so steht ihm aus dem Auftrag ein Anspruch gegen den redemptor auf Abtretung der Ansprüche zu, welche der redemptor gegen den Verkäufer hat. Der redemptor hat gegen den Verkäufer dieselben Ansprüche wie im Falle der Entwährung.[3] Die Rückgabe des dem redemptor gegebenen Geldes kann der vermeintliche Sklave nicht beanspruchen; denn der redemptor hat dieses Geld dem Auftrage gemäß zur Bezahlung des Kaufpreises verwendet. Die Rechtslage ist also anders, als wenn der vermeintliche Sklave seinem vermeintlichen Herrn Geld für die Freilassung gegeben hat; die Herausgabe dieses Geldes kann er beanspruchen, weil der Empfänger ohne Rechtsgrund auf Kosten des Gebers bereichert ist.[4]

Rührt das zum Ankauf hergegebene Geld aus dem Erwerbe her, welcher dem gutgläubigen Besitzer[5] des vermeintlichen Sklaven gehört, so kann der redemptor dem Auftraggeber keine Ansprüche abtreten, denn es stehen ihm keine Ansprüche gegen den Verkäufer zu, weil das zur Zahlung verwendete Geld dem Verkäufer gehörte. Der Gedankengang, der Julian zu der Annahme führte, daß der redemptor keinen Eviktionsanspruch gegen den Verkäufer habe, wird aus dem Schlußsatze der Stelle ersichtlich. Hier wird gesagt, der Käufer bleibe zwar aus dem Kaufvertrage (zur Zahlung des Kaufpreises) verbunden (weil die Zahlung mit dem dem Verkäufer gehörenden Gelde nicht als Erfüllung in Betracht kommt);

[1] Vgl. Gai. II §§ 91, 92; § 4 J. per quas personas nobis adquiritur 2, 9; l. 10 §§ 3, 4 D. de adquirendo rer. dom. 41, 1.

[2] Vgl. l. 4 D. de operis serv. 7, 7: Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt.

[3] Vgl. l. 39 § 3 D. de evictionibus et duplae stip. 21, 2: qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendat, evictionis nomine tenetur.

[4] Vgl. l. 3 § 5 D. de cond. causa data causa non secuta 12, 4.

[5] In l. 8 § 5 cit. steht: ad bonae fidei *emtorem* pertinente. In der Glosse Emptorem zu dieser Stelle wird das dahin gedeutet, daß der Besitzer den verkauften Sklaven seinerzeit in gutem Glauben gekauft hatte. HALOANDER will anstatt emtorem lesen: possessorem.

aber auch die Klage des Verkäufers gegen den Käufer (auf Zahlung des Preises) bleibe ohne Erfolg, weil der Verkäufer (wegen der einer Eviktion gleichstehenden pronuntiatio libertatis) dem Käufer soviel schulde, als er durch Zahlung des Preises erlangen würde. Es kann also im Prozesse über die actio venditi die dem Käufer zustehende Forderung auf Schadloshaltung gegen die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Preises aufgerechnet werden, weshalb die actio venditi abgewiesen wird. Wendet man das auf den Fall an, daß der Käufer mit der actio empti auf Schadloshaltung wegen der pronuntiatio libertatis klagt, so ergibt sich, daß der Jurist das Bestehen der actio empti deswegen bestreitet, weil in dem Prozeß über diese Klage die dem Verkäufer zustehende Forderung auf Zahlung des Preises gegen die Forderung des Käufers auf Schadensersatz wegen der pronuntiatio libertatis aufgerechnet und dadurch die Abweisung der actio empti herbeigeführt werden kann. In beiden Fällen wird unterstellt, daß der Schaden, welchen der Käufer durch die pronuntiatio libertatis erleidet, nicht mehr beträgt als der Kaufpreis, was ja zumeist zutreffen wird.

Aus der behandelten Digestenstelle geht hervor, daß man zur Zeit Julians, dessen Ausführungen Ulpian reproduziert, die Zahlung des Kaufpreises, welche aus dem dem Herrn gehörenden Erwerbe des homo liber bona fide serviens, und folglich auch die Zahlung, welche aus dem peculium des Sklaven geleistet wurde, nicht als eine aus den Mitteln des Sklaven bewirkte Leistung betrachtete. Die Auffassung einer solchen Zahlung als einer aus den Mitteln des Sklaven bewirkten Leistung hat sich also erst in späterer Zeit ausgebildet. Daß Ulpian sich der Erörterung Julians anschließt, obwohl zu seiner Zeit die andere Auffassung der Zahlung aus dem peculium bestand, ist wohl daraus zu erklären, daß in den von Julian erörterten Fällen eine Anwendung der Verordnung der divi fratres nicht in Frage kommt.

## 6.

Ein Loskauf des Sklaven mit dem Gelde, das der Sklave erworben hat, kommt auch im griechischen Rechte vor. Da der Sklave wegen Mangels der juristischen Persönlichkeit einen Kaufvertrag mit seinem Herrn ebensowenig selbst abschließen konnte wie nach römischem Rechte, bedurfte es auch nach griechischem Recht einer Mittelsperson, die den Sklaven mit dessen Geld seinem Herrn zum Zwecke der Freilassung abkauft. Davon, daß die Mittelsperson gezwungen werden konnte, den mit dem Geld des Sklaven gekauften Sklaven freizulassen, findet sich im griechischen Rechte keine Spur. Man wählte eine Mittelsperson, von der man sicher sein konnte, daß sie das Vertrauen des Sklaven nicht täuschen und auch ohne Rechts-

zwang die Freilassung vollziehen werde. Als solche Mittelspersonen fungierten die Priester eines Gottes. Der Sklave bringt sein von ihm erspartes Geld in den Tempel eines Gottes und ersucht dessen Priesterschaft, ihn seinem Herrn mit diesem Geld abzukaufen und ihm die Freiheit zu gewähren. Über den Kauf wurde eine Urkunde errichtet. Solche Urkunden sind in delphischen Mauerinschriften überliefert.[1]

[1] Vgl. Charikles, Bilder altgriechischer Sitte von W. A. Becker, neu bearbeitet von H. Göll Bd. III S. 44 f., P. Stengel, Die griechischen Kultusaltertümer, 2. Aufl., im Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft von J. Müller Bd. V Abs. 3 S. 33, R. F. Herrmann, Lehrbuch der griechischen Antiquitäten Bd. II Abt. 1, Rechtsaltertümer, 4. Aufl. bearbeitet von Th. Thalheim S. 26. In diesen Werken ist zahlreiche weitere Literatur angeführt.

**Konrad Hellwig**
**Berlin.**

# Grenzen der Rückwirkung.

# Inhaltsverzeichnis.

Hier, im Texte und in den Noten sind die am Fuße der Seiten stehenden Seitenzahlen gemeint.

Seite

§ 1. **Einleitung** . . . . . 5

§ 2. I. **Das Wesen der Rückwirkung und ihre Einschränkung auf privatrechtlichem Gebiete** . . . . . 5

I. Wesen der Rückwirkung S. 6. Pendenz in der Auffassung der römischen Juristen S. 8. Verwandte Fälle des Reichsrechts S. 10. — II. Einschränkungen. 1. Rückwirkung in einzelnen Beziehungen (Bedingungen) S. 11. 2. Beschränkungen. a) bei Genehmigung S. 13, b) bei der Erbschaftsausschlagung S. 14, c) bei der Ersitzung S. 15, d) hinsichtlich des prozessualen Gebietes S. 16. Rezission des Erbschaftserwerbs S. 17. — III. Rückwirkung und guter Glaube S. 17.

II. **Die Aufhebung von gerichtlichen Entscheidungen (infolge Anfechtung).**

§ 3. 1. **Die Rückwirkung der Aufhebung und ihre Bedeutung** 18

Gründe S. 18. — Konstitutive Natur der Aufhebung S. 19. — Rückwirkung S. 19, 1. bei Urteilen, Feststellungsurteile S. 20, konstitutive Urteile (Verurteilung) S. 22, Gestaltungsurteile S. 23, Beschlüsse der streitigen Gerichtsbarkeit S. 26, 2. in der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 27 f. Nicht in Betracht kommende Gerichtsbarkeitsakte S. 27. Verfügungen S. 28. Aufhebung der Verfügung ex nunc S. 30. Aufhebung als Vernichtung S. 30. Rückwirkung S. 31.

2. **Beschränkung der Rückwirkung bei Aufhebung von Staatsakten.**

§ 4. a) **Freiwillige Gerichtsbarkeit** . . . . . 31

F.G.G. § 32. Inhalt S. 32, Anwendungsgebiet S. 33, Verleihung der Rechtspersönlichkeit (H.G.B. § 311) S. 34, von Patentrechten usw. S. 35. — Erbschein und Todeserklärung (B.G.B. § 2370) S. 36.

Seite

**b) Beschränkung der Rückwirkung der Aufhebung von Prozeßakten.**

§ 5. α) Im allgemeinen. Zwangsvollstreckung und Beschlüsse . . . . . 37

Zulässigkeit der Analogie aus F.G.G. § 32 S. 37. — Ausdrückliche Vorschriften S. 38. — Zwangsvollstreckung. Aufhebung des Vollstreckungstitels S. 38. Z.P.O. § 836 II S. 39. Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung S. 40. Andre konstitutive Beschlüsse der Prozeßgerichte S. 40 f. B.G.B. § 115 S. 40. K.O. § 116 S. 41 f.

§ 6. β) Aufhebung von Gestaltungsurteilen . . . . . 44

Aufhebung des Ausschlußurteils (Z.P.O. § 1018) S. 44, der Todeserklärung S. 46 f. (Eheschließung B.G.B. § 1348 S. 46 f., sonstige Wirkungen S. 48), von andren konstitutiven Urteilen (im Wege der Wiederaufnahmeklage S. 49), insbesondere des Scheidungsurteils S. 51.

§ 7. **Schlußbetrachtung** . . . . . 52

Öffentlich rechtliche Natur des ermittelten Grundsatzes S. 52. Seine Geltung über die Gerichtsbarkeit hinaus S. 53 f.

**Gesetzesregister** . . . . . 55

## § 1.

## Einleitung.

In der D.J.Z. IX. Jahrgang No. 18 S. 834 f. habe ich die Frage erörtert, ob eine zweite Ehe, die nach rechtskräftig vollzogener Ehescheidung eingegangen ist, dadurch nichtig wird, daß das Scheidungsurteil im Wege der Restitutionsklage aufgehoben wird. Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung habe ich die Ansicht vertreten, daß die zweite Ehe gültig bleibt. Dieses Resultat wurde aus einem allgemeinen Prinzipe abgeleitet, das ich so formuliert habe:

„Ist durch Staatsakt ein Rechtszustand geschaffen, so kann dieser zwar durch einen Staatsakt so rückgängig gemacht werden, daß der alte Rechtszustand wieder auflebt und es so angesehen wird, als ob dieser niemals aufgehört habe. Aber diese Rückwirkung ist insoweit ausgeschlossen, als nicht mehr res integra ist. Sie findet ihre Grenzen in den Rechten, die von Dritten auf Grund jenes Rechtszustandes erworben sind, welcher, kraft Rechtsspruchs hergestellt, durch die staatliche Autorität so lange voll gewährleistet wird, bis er wieder aufgehoben ist."

Die Begründung dieses sowohl für die streitige wie für die freiwillige Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatzes konnte ich im Rahmen jenes Aufsatzes nur andeuten. Sie soll im folgenden versucht werden.

## § 2.

## I. Das Wesen der Rückwirkung und ihre Einschränkung auf privatrechtlichem Gebiete.

Rückwirkung (Rückziehung einer Rechtswirkung) bedeutet den Eintritt einer Rechtswirkung, die sich nicht nur auf die Zukunft bezieht, sondern nach besonderer Rechtsvorschrift so behandelt wird, als sei sie schon in einem bestimmten Zeitpunkte der Vergangenheit eingetreten. Sie kommt sowohl im Privatrecht als auch auf

anderen Rechtsgebieten vor. Unsere Untersuchung soll sich auf die mit Rückwirkung ausgestatteten Gerichtsbarkeitsakte beziehen. Zur Vergleichung ist es aber notwendig, einleitungsweise den Ausgang von dem Privatrechte zu nehmen.

## I. Das Wesen der Rückwirkung.

Das B.G.B. ordnet nach dem Vorgange der römischen Quellen, die bald von einem retroduci oder retrotrahi, bald von einem perinde habetur ac si (creditur, intelligitur) reden,[1] die Rückwirkung entweder direkt an (§ 184) oder durch die Vorschrift, daß die später eintretende Wirkung als bereits früher eingetreten „gelten"[2] solle. Beide Formen sind völlig gleichwertig. Die zweite kann jedoch leicht mißverstanden werden und wird bis in die neueste Zeit unendlich oft so verstanden, daß die Rechtsgestaltung, die sich mit Rückwirkung vollzieht, mit der Deklaration, wie es von jeher gewesen sei, verwechselt wird. Zweifellos kann die Rechtsordnung durch ihre Gebote die Welt der Tatsachen nicht anders machen, als sie wirklich ist; noch weniger vermag sie zu bewirken, daß die tatsächlichen Verhältnisse sich durch ein später eintretendes Ereignis rückwärts umgestalten.[3] Die Gebote der Rechtsordnung haben Wirkung nur auf die ideelle Rechtswelt. Hat diese sich durch die Rechtsvorschriften zurzeit in bestimmter Weise gestaltet, ist also gemäß der Rechtsordnung ein Recht entstanden oder hat es nicht entstehen können, weil eine der vom Gesetz geforderten Voraussetzungen fehlte, so kann die Rechtsordnung zwar gebieten, bezüglich der in der Gegenwart in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse es so zu halten, als wäre die Vergangenheit eine andre gewesen, als sie wirklich

[1] Vgl. die Nachweisungen bei Windscheid-Kipp (9) I § 67 3. 4 und u. Note 7.

[2] „Gelten als ..." deutet nicht immer auf eine Fiktion hin.

[3] Ist der Besitz einer Sache vom Besitzer in anfechtbarer Weise übertragen, so kann die Anfechtung die Rechtsfolgen dieser Übertragung vernichten, aber nicht bewirken, daß der mit dem Willen des Besitzers eingetretene Besitzverlust zu einem wider Willen geschehenen wird. Deshalb ist die in anfechtbarer Weise übergebene Sache keine „abhanden gekommene" im Sinne des § 935 B.G.B., sondern es kann nur gefragt werden, ob die Ausnahmevorschriften des § 935 auf jene Fälle analog auszudehnen sind, eine Frage, die m. E. zu verneinen ist. (Literatur: Windscheid-Kipp (9) I, 897 f., Biermann Erl. 3 zu § 935, Planck (3) Erl. 2 zu § 935). Ich glaube sogar folgendes sagen zu müssen. Ist der zur Erbschaft berufene Erbe in das Besitzverhältnis sukzediert (§ 857) und hat er auf Grund dessen den Besitz „tatsächlich ergriffen" (vgl. §§ 2025, 2027), so hat er keine Eigenmacht geübt. Wird nun der Erbschaftserwerb angefochten (§§ 2078, 1955, 2344), so kann er zwar als bösgläubiger Erbschaftsbesitzer behandelt werden (wenn er die Anfechtbarkeit kannte), aber die Erbschaftssache ist keine abhanden gekommene (im Sinne des § 935), wie sie dies wäre, wenn ein Nichterbe sich in den Besitz einer Erbschaftssache gesetzt hätte.

war. Aber das Gesetz kann, wie schon von andren Seiten (so von Bekker System 2, 309) betont ist, es nicht bewirken, daß sie sich rückwärts umgestaltet. So ist z. B. der Käufer, der auf Grund eines mangelhaften Geschäfts Eigentümer geworden ist, Eigentümer sowohl dann, wenn der Eigentumserwerb durch Rückübertragung rückgängig zu machen ist, als auch dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß sein Eigentum durch die einseitige Anfechtungserklärung erlischt. Auch im zweiten Falle war der Anfechtende in der Zwischenzeit nicht der Eigentümer, er wird es erst wieder, nachdem er die Anfechtung vollzogen hat (B.G.B. § 142 I). Mann und Frau, die eine wegen Betrugs anfechtbare Ehe geschlossen haben, sind trotz der Anfechtbarkeit tatsächlich und rechtlich Ehegatten, bis die Anfechtung durchgeführt ist, obwohl diese dann bewirkt, daß sie nun prinzipiell so behandelt werden, als sei die Ehe nicht geschlossen. Veräußert der Minderjährige ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eine Sache, so wird der Erwerber nicht Eigentümer, und folglich bleibt es der Veräußerer, obwohl die nachfolgende Zustimmung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Veräußerung „zurückwirkt" (B.G.B. § 184 I).

Vor Eintritt des rückwirkenden Ereignisses ist es nicht ungewiß, wie jetzt die Rechtslage ist, sondern in der Schwebe ist die Gestaltung der Zukunft, allerdings mit der Möglichkeit, daß vom Eintritt des rückwirkenden Ereignisses an das bis dahin vorhandene Recht als nicht vorhanden gewesen behandelt wird und das erst später entstandene oder zurückgefallene Recht als schon früher vorhanden gewesen gilt und die gegenwärtige Rechtslage aus diesem Gesichtspunkte beurteilt wird. Erkennt man an, daß ein Ereignis zunächst eine bestimmte Wirkung hat, so ist es ein handgreiflicher Widerspruch, wenn man dem Ereignis, das sie rückgängig macht, bloß deklarative Bedeutung beilegt.[1] Noch auffallender ist der Widerspruch, wenn man von Rückwirkung (z. B. einer Anfechtung) spricht und leugnet, daß die aufgehobene Wirkung vorhanden gewesen sei. Gibt man zu, daß ein Ereignis mit Rückwirkung eintrete, so kann man nicht leugnen, daß sie (bei ihrem Eintritte) eine Gegenwirkung gegen eine vorhandene Wirkung sei. Ist ein Rechtsgeschäft (oder

[1] Dieser Widerspruch findet sich bei Planck. So, wenn er in Erl. VII, 2 vor § 104 sagt: „Solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, besteht das Rechtsgeschäft und ist es wirksam", in Erl. 1 zu § 142 aber lehrt: „Wer durch anfechtbares Rechtsgeschäft ein Recht übertragen hat, hat dieses Recht, wenn die Anfechtung erfolgt, nie verloren". Noch auffallender ist es, wenn Planck Erl. 2 zu § 161 trotz Leugnung jeglicher Rückwirkung lehrt, daß bei Erfüllung einer auflösenden Bedingung „der frühere Rechtszustand wieder eintrete" und der Zedent „seine frühere Forderung behalte (!), so wie sie ihm vor der Abtretung zustand". Ja, so müßte es angesehen werden, wenn wir Rückwirkung (volle) hätten! Vgl. u. II, 1 (S. 11 f.).

ein Staatsakt) nichtig, so kann unmöglich eine Wirkung mit Rückwirkung fortfallen. Die **Feststellung** vorhanden gewesener Nichtigkeit kann keine Rückwirkung haben.

Wir haben bisher immer Fälle vorausgesetzt, in denen das Gesetz einem Ereignisse eine bestimmte Rechtswirkung beilegt oder versagt, obwohl sie infolge späterer Ereignisse mit Rückwirkung erlöschen oder eintreten kann.[1] Das Gesetz kann natürlich auch eine andre Regelung wählen. Ist es denkbar, daß es die Wirkung eines Ereignisses zunächst derart in der Schwebe läßt, daß einstweilen ein Zustand wirklicher Ungewißheit eintritt? In dieser Weise haben die römischen Juristen den vielbesprochenen Fall beurteilt, daß ein servus usufructuarius eine Sache erwirbt, ohne sie alsbald zu bezahlen: *in pendenti est*, cui acquirat proprietatem iste fructuarius servus; die numeratio pecuniae soll „declarare", cuius sit.[2] Auf Grund solcher Äußerungen ist FITTING zu einer Auffassung über das Wesen der Rückwirkung gelangt, die viele Anhänger gefunden hat und auch für das Reichsrecht sehr häufig vertreten wird. Nach dieser Auffassung „stellt die Rückziehung immer nur das Verschwinden einer Ungewißheit, eines Zweifels dar"; der entscheidende Umstand (in dem bezeichneten Beispiele: die numeratio) soll lediglich **bezeugen**, soll uns nur über die wahre Natur eines früheren Zustandes Aufschluß geben.[3] Auf die logischen Widersprüche, die in dieser Auffassung stecken, ist schon von andren Seiten (so besonders von Bekker) hingewiesen. Ich nehme auf meine früheren Darlegungen Bezug und verweise hier nur auf den Fall der Beerbung. Bei dieser ist nach dem Antretungssystem allerdings gewiß, daß der Tote nicht mehr Subjekt seines Eigentums ist und daß der zur Erbschaft Berufene es noch nicht ist. Aber ebenso gewiß ist, daß in der Zwischenzeit das Eigentum keinen Menschen als Subjekt hat. Schlägt der Nächstberufene aus und erwirbt ein Entfernterer die Erbschaft, so ist es gewiß, daß die aditio nicht nur declarat, cuius res fuerit. Hier war also in der Zwischenzeit in der Tat keiner der Berufenen der Eigentümer: hereditas vice personae fungitur. Eine solche Vermittelung ist aber in unserem Falle nicht vorhanden. Ist es gewiß, daß der Verkäufer, der die gekaufte Sache dem Nießbrauchssklaven übereignet hat, nicht mehr der Eigentümer ist, so bleibt nur die Alternative: Entweder ist einstweilen niemand der Eigentümer (die

[1] In Rechtskr. § 16 S. 117 f., habe ich hierfür die Ausdrücke: schwebende Wirksamkeit und schwebende Unwirksamkeit gebraucht.

[2] L. 25 § 1 D. 7, 1, l. 43 § 2 D. 41, 1. Analog ist die Situation in l. 70 § 1 D. 7, 1 (Tierjunge: Nachwuchs oder Frucht?).

[3] So wörtlich FITTING, Begriff der Rückziehung 119. Gegen ihn besonders energisch BEKKER, System 2 § 114.

Sache aber doch nicht herrenlos), oder das Eigentum steht dem Herrn des Sklaven oder dem Nießbraucher zu, geht dann aber von dem einen auf den andern mit Rückwirkung über, ist inzwischen also resolvierbares und in diesem Sinne schwebendes Eigentum. Die erste Alternative ist offenbar ausgeschlossen. Also bleibt nur die zweite. Ich glaube, daß diese Auffassung auch die des römischen Rechts ist und daß die römischen Juristen sich oft mehr bildlich ausdrückten. Das ergibt sich, wenn man die naheliegende Frage aufwirft, wem denn die Forderung aus einem von dem servus fructuarius abgeschlossenen, noch von keiner Seite erfüllten Kaufvertrage zusteht. Mit dieser Frage beschäftigt sich derselbe Julian, von dem die l. 25 § 1 D. 7, 1 herrührt, in der l. 24 pr. D. 19, 1. Er entscheidet, daß die actio emti dem Nießbraucher nicht zusteht, wenn vor der Zahlung der Nießbrauch erlischt. Die notwendige Konsequenz ist, daß die actio in aller Regel dem Herrn zusteht: sie hat ihm von Anfang an zugestanden, und es bestand nur die Möglichkeit, daß das vom Sklaven erworbene Recht dem Nießbraucher zufallen konnte (ex tunc). Das gilt ebenso auch von dem Eigentum.[1]

Jedenfalls ist diese Art der realistischen, die „reine Rechtsdichtung" zurückweisenden Betrachtungsweise nötig gegenüber andren, von Fitting mit dem vorigen Fall auf gleiche Stufe gestellten Situationen. Ich muß mich in dieser Beziehung mit einigen Andeutungen begnügen. Die Bedeutung des ius postliminii ist nicht, daß die Folge der capitis deminutio zunächst ausbleibt. Sie tritt wirklich ein, aber ihre Wirkungen können mit Rückdatierung wieder fortfallen. Das zeigt uns eine Stelle, in der Ulpian nicht spekuliert, sondern einen praktischen Fall entscheidet (l. 1 § 1 D. 14, 6). Dem Haussohn eines Kriegsgefangenen ist ein Darlehen gegeben. Findet das senatusconsultum Anwendung? Ja, wenn der Vater zurückkehrt, weil dann filius familias in potestatem *reccidit!* Also Rückfall in die Gewalt (mit rückwirkender Kraft): das ist das Wesen der Pendenz, von der Ulpian in der Stelle spricht. Hat ein filius familias ein peculium castrense, so gehört es in der klassischen Zeit dem Vater,[2] aber der Sohn hat das ausschließliche Verwaltungsrecht. Verfügungen, die der Vater trifft, sind in derselben Weise unwirksam wie heute die Verfügungen, die ein Erbe vornimmt, während ihm das Verwaltungsrecht nach § 1984 oder § 2211 fehlt. Wie aber hier die Ver-

[1] Das intelligitur, fructuarii fuisse (l. 43 § 2 D. 41, 1) und das declaratur, retro fructuarii fuisse (l. 25 § 1 D. 7, 1), bedeuten also nicht, daß man nun erkennt, wie es war; vielmehr wird damit nur die Rückziehung beschrieben (ebenso wie in den Wendungen creditur (z. B. l. 16 D. 49, 15) oder: utique quid fuerit, eventus declarat (l. 98 § 3 D. 46, 3). Vgl. u. bei Note 2.

[2] Die gegenteilige, von Fitting, Peculium castrense vertretene Ansicht ist trotz l. 15 § 4 D. 49, 17 quellenwidrig.

fügung konvalesziert, falls der Inhaber des Verwaltungsrechts nicht inzwischen eine die Heilung ausschließende Verfügung getroffen hat,[1] so tritt diese Heilung auch ein, wenn das peculium, wie Ulpian sagt, beim Vater verbleibt (residet) und der Sohn inzwischen keine entgegengesetzte Verfügung getroffen oder keinen Erben ernannt hat. Das ist der Inhalt und die Erklärung der vielbesprochenen und mißverstandenen l. 98 § 3 D. 46, 3, in der Paulus die Verfügung des Vaters, dem die Sache gehört und bei dem sie residere potest, ganz richtig mit der Verfügung über eine fremde Sache vergleicht, dann aber so weiter redet, als hätte er nicht mit dem vorliegenden Falle, sondern mit dem zur Vergleichung herangezogenen Fall zu tun. Zur Veranschaulichung der Rückwirkung gebraucht er dann die Ausdrucksweise, die für Fitting und seine Nachfolger so verhängnisvoll geworden ist.

Dem modernen Rechte sind solche Pendenzverhältnisse, wie sie den römischen Juristen vorschwebten, jedenfalls völlig fremd. Eine sehr interessante Parallele zu dem Erwerb des Nießbrauchssklaven kann sich aus dem B.G.B. § 1381 ergeben. Wie ist es, wenn der Ehemann Wertpapiere käuflich erwirbt, aber nicht sogleich bezahlt? Ist es derart in der Schwebe, ob er oder die Frau das Eigentum erlangt, daß man sagen kann: erst die numeratio wird uns darüber aufklären? Das ist bestimmt zu verneinen. Hätte er sofort mit Mitteln des eingebrachten Gutes bezahlt, so wäre das Eigentum, das er erwirbt, in dem Augenblick des Erwerbes sogleich von ihm auf die Frau übergegangen. Tut er es erst später, so vollzieht sich der Eigentumsübergang erst mit der Zahlung, dann aber mit rückwirkender Kraft, soweit nicht in der Zwischenzeit vorgenommene Verfügungen oder Pfändungen entgegenstehen.[2] — Wie im römischen Recht die Erbschaftsantretung nicht etwa nur enthüllt, wer vom Erbfall an Erbe gewesen ist, so bewirkt heute die Ausschlagung umgekehrt nicht nur die Klarstellung, daß der Berufene nie Erbe war, sondern sie läßt seinen allerdings unvollkommenen Erbschaftserwerb mit Rückwirkung erlöschen (arg. z. B. § 1959 III). In den Fällen, in denen der Erbschaftserwerb einstweilen nicht stattfinden kann (B.G.B. §§ 1923 II, 2108, E.G. Art. 86/7), ist es bis zur Geburt usw. gewiß, daß der Nachlaß zurzeit ein Subjekt nicht hat. Die Geburt bewirkt nicht das Undenkbare, daß das Kind schon Erbe war, ehe es existierte, sondern hat nur zur Folge, daß es — wie nach römischem Rechte jeder antretende Erbe — so behandelt wird, als sei es schon mit dem Erbfall Erbe geworden. In der Zwischenzeit hatte

[1] Das ergibt sich per arg. a maiore ad minus aus B.G.B. § 185.

[2] So ist dieser Rechtsfall von der Durchgangstheorie aus zu beurteilen (Lehrb. 1 § 40[25]). Vgl. die treffliche Entscheidung von R.G. 60, 201 f.

der Nachlaß den Gestorbenen nicht mehr und einen Erben noch nicht zum Subjekte.

Ein wahres Pendenzverhältnis scheint sich aus B.G.B. § 941 ² zu ergeben. Hat der wahre Eigentümer vor der Vollendung der Ersitzung die Klage erhoben und läuft die Zeit der Ersitzung während des Prozesses ab, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt, wenn er die Klage zurücknimmt (Z.P.O. § 271 III) oder wenn er ohne Entscheidung zur Hauptsache abgewiesen wird, im letzten Falle jedoch nur dann, wenn er die Frist für Wiederholung der Klage (6 Monate) verstreichen läßt (B.G.B. § 941 ² mit § 212 II).[1] Darf man hier sagen: In der Zwischenzeit ist es im ungewissen, wer der Eigentümer sei, und ex post facto apparet, wer es war? Dies ist zu verneinen. So lange die Unterbrechung dauerte, war die Vollendung der Ersitzung nicht möglich; der Kläger blieb Eigentümer. Treten aber jene Ereignisse ein, so verliert er das Eigentum zwar mit rückwirkender Kraft (auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Ersitzungszeit), aber trotzdem verliert er es erst jetzt.

## II. Beschränkte Rückwirkung und Einschränkung der Rückwirkung.

Von der dargelegten Auffassung der Rückwirkung aus (aber auch nur von ihr aus) ist es verständlich,

1. wenn das Gesetz in gewissen Fällen die Rückwirkung zwar prinzipiell ablehnt, in einzelnen Beziehungen aber eintreten läßt. So ist es bei bedingten Verfügungen. Ihre Wirkung ist zunächst nur der (abgeleitete) Erwerb eines Anwartschaftsrechts, das man der Bequemlichkeit halber als bedingtes Eigentum, als bedingtes Forderungsrecht usw. bezeichnen mag, das aber doch nicht das Recht ist, auf dessen Erwerb man die spes iuris hat.[2] Der Gläu-

[1] Die richtige Auffassung des § 212 II ist, daß die Unterbrechung der Verjährung unter der Bedingung der fristgemäßen Wiederholung der Klage fortdauert. A. M. Planck zu § 212, der durch diese „eine Unterbrechung der Verjährung mit rückwirkender Kraft eintreten" läßt. Unterbrechung nach Vollendung?

[2] Wird die Sache, die bedingt übereignet ist, beschädigt oder vernichtet, so steht der Anspruch aus § 823 gegen den (dritten) Täter dem Tradenten zu. Zugleich aber liegt in der Beschädigung eine Verletzung des unter § 823 I fallenden Anwartschaftsrechts des Erwerbers, aus der dieser das volle Eigentümerinteresse allerdings erst nach Eintritt der Bedingung geltend machen kann. Bis dahin ist der Betrag seines Schadens ungewiß. Fällt die Bedingung aus, so verfolgt der Tradent seinen Anspruch. Bis zur Entscheidung sind beide berechtigt: eine sich gegenseitig beeinflussende Konkurrenz von Ansprüchen, wie sie ja in ähnlicher (nicht: gleicher) Art auch bei Beschädigung einer verpfändeten Sache vorkommt. Zahlt der Beschädiger vor Eintritt der Bedingung an den Tradenten, so findet B.G.B. § 851 Anwendung.

biger, der bedingt abgetreten hat, ist noch der Gläubiger; der Zessionar wird es erst mit dem Eintritt der Bedingung. Er erwirbt die Forderung dann grundsätzlich so, wie sie jetzt ist,[1] also z. B. mit dem inzwischen von dem Zedenten erworbenen Zinsenrecht, Pfandrecht, Bürgschaftsrecht, andrerseits aber auch in dem Zustande, den die Forderung durch eine vom Schuldner an den Zedenten erklärte Kündigung erhalten hat. Der Berechtigte, der bedingt verfügt hat, und ebenso derjenige, dessen Recht bei Eintritt einer auflösenden Bedingung auf den früheren Berechtigten zurückfallen kann, sind auch berechtigt, in der Schwebezeit weitere Verfügungen zu treffen. Aber soweit sie den Anwärter beeinträchtigen, werden sie mit dem Eintritt der Bedingung unwirksam,[2] und zwar derart, daß diese Verfügung nun als von Anfang an wirkungslos behandelt wird.[3] Das

[1] Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft (1905) lehrt, daß sich die Rechtsnachfolge „grundsätzlich" schon mit der Verfügung vollziehe (S. 25), daß das Recht des Erwerbers „grundsätzlich" auf demjenigen Rechte beruhe, welches der Verfügende zur Zeit der Verfügung hatte (S. 20). Aber er gibt zu, daß Verbesserungen der Rechtslage dem Anwärter zugute kommen (S. 19[80]). Mir erscheint nicht dies als eine Ausnahme, sondern das Gesetz hat den umgekehrten Grundsatz und durchbricht ihn durch die Ausnahme des § 161 I B.G.B. Das ist auch schon der in l. 11 § 1 D. 8, 6 klar zum Ausdruck gelangende Standpunkt des römischen Rechts.

[2] B.G.B. § 161 I. Das Gesetz sagt: Die Verfügungen „sind unwirksam im Falle des Eintritts der Bedingung". (Entsprechend § 2113.) Das kann nicht heißen, daß sie (sofort) unwirksam sind, soweit sie beeinträchtigen werden, sondern nur, daß sie unwirksam werden, wenn usw. — Gegenüber Strohal a. a. O. bleibe ich bezüglich einer translativen bedingten Verfügung bei der herrschenden Ansicht, daß das gegenüber dem Zedenten ergangene Urteil auch gegen den Zessionar wirkt. Aber es verstößt nach dem Gesagten nicht gegen die Rechtskraft, wenn der Zessionar geltend macht, daß das im Urteil verneinte Recht jetzt bestehe, da die Verfügung, auf Grund deren die Abweisung der Klage des Zedenten erfolgt ist (z. B. Erlaß, Zahlungsannahme) durch Eintritt der Bedingung unwirksam geworden sei. (So schon Hellwig, Rechtskr. 237.) Bei konstitutiver Sukzession kommt es nur darauf an, ob der bedingt Verfügende die Verfügungsbefugnis zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts hatte. Dem Pfandgläubiger schadet es nichts, wenn der Verpfänder nachher veräußert oder weiterverpfändet hat. Also schadet ihm auch das Urteil nichts, welches feststellt, daß der Verpfänder zur Zeit der Urteilsfällung nicht der Eigentümer ist. Das Urteil spricht sich nur über die Gegenwart, nicht über die Vergangenheit aus.

[3] Hat der G dem C eine Forderung von 3000 Mk. nebst Zinsen vom 1. April 1905 an bedingt abgetreten, am 1. Juli 1905 Hauptgeld und Zinsen für die Zeit vom 1. April bis 1. Juli einkassiert und tritt die Bedingung am 1. August 1905 ein, so muß der (die Abtretung kennende) Schuldner dem C Hauptgeld und Zinsen vom 1. April 1905 an zahlen. Die Forderung gilt als nicht untergegangen. Sonst könnten für die Zeit vom 1. Juli bis 1. August keine Zinsen verlangt werden. — Hat G dem C bedingt zediert, tritt er dann die Forderung an F ab und verpfändet F an Y, so fällt auch das Pfandrecht des Y zusammen, wenn die Bedingung eingetreten ist.

Gesetz hätte die Vorschrift des § 161 I auch in der Form geben können: im Falle des Eintritts der Bedingung gelten beeinträchtigende Verfügungen als nicht vorgenommen, oder: sind solche vorgenommen, so wird es ihnen gegenüber so angesehen, als ob das bedingt erworbene Recht schon zur Zeit der Vornahme der Verfügung unbedingt erworben wäre.[1] Das wären nur andre Ausdrucksformen für die Statuierung der **beschränkten** Rückwirkung, die das B.G.B. ebenso hat, wie das römische sie gehabt hat, und die man durch die Art der Ausdrucksweise, wie sie in § 161 I und § 2113 gewählt ist, vergeblich zu verdecken versucht hat, um das Dogma zu retten, daß die Erfüllung der Bedingung keinerlei rückwirkende Kraft besitze.[2] Wer bedingt verfügt hat, ist sofort in seinem rechtlichen Können gebunden, aber eben nicht unbedingt, sondern bedingt: die weiteren beeinträchtigenden Verfügungen sind kraft Gesetzes (§ 161 I) nur auflösend bedingt wirksam. Sie wirken zunächst, aber es ist in der Schwebe, ob nicht ihre Wirksamkeit wieder vernichtet wird (durch Eintritt der Bedingung der ersten Verfügung).

2. In andren Fällen läßt das Gesetz zwar die Rückwirkung prinzipiell eintreten, aber es schränkt die Folgen, die sich aus ihr ergeben würden, in einzelnen Beziehungen sehr erheblich ein und ordnet hier die Rechtslage so, als wenn das spätere Ereignis nur ex nunc wirken würde. Dahin gehört:

a) die Vorschrift über die beschränkte Rückwirkung der Genehmigung.

---

[1] Vgl. l. 11 § 1 D. 20, 4.

[2] Um Mißverständnissen vorzubeugen, bemerke ich ausdrücklich, daß ich anerkenne, daß nach B.G.B. die Bedingung zugleich einen *dies* enthält, und zwar nicht etwa nur für die Geltendmachung des bedingt erzeugten Rechts, sondern für seine Entstehung, ferner, daß diese im allgemeinen nicht zurückgezogen wird. Vielmehr wird die Rückwirkung von mir lediglich in Ansehung der Wirkung von beeinträchtigenden Verfügungen behauptet. So gehen auch die Erbschaftsrechte nicht vom Erblasser, sondern von dem Vorerben auf den Nacherben über (kraft des Anwartschaftsrechtes, das der Nacherbe aus der Verfügung des Erblassers erhalten hat). Der Erblasser ist meines Erachtens nur indirekt (durch den Vorerben) Rechtsvorgänger des Nacherben. Diesem kann z. B. der Eid sowohl über die Handlungen des Vorerben wie über die des Erblassers zugeschoben werden. An solchen praktischen Fragen muß sich die Theorie erproben. Jedenfalls ist der Vorerbe der direkte Rechtsvorgänger des Nacherben in Ansehung des Verwaltungsrechts (über dieses als Gegenstand der Rechtsnachfolge siehe R.G. 53 S. 10). Vollendet der Vorerbe die Ersitzung einer Erbschaftssache, so kommt dies dem Nacherben geradeso zugute, wie dem Verkäufer die Ersitzungszeit, die bei dem Käufer bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung (der Eigentumsübertragung) abgelaufen ist. So schon l. 6 § 1 D. 44, 3, wo der Eintritt der lex commissoria in dieser Beziehung in Vergleichung mit der Redhibition gesetzt wird.

Bedarf eine Verfügung der Genehmigung,[1] so gibt erst diese der Verfügung ihre Wirkung. Jetzt erst geht das Eigentum über, wenn der Minderjährige ohne Einwilligung oder ein Vertreter ohne Vertretungsmacht veräußert hat.[2] Die Genehmigung enthüllt nicht die Wahrheit, daß der Erwerber schon von der Verfügung an der Eigentümer war; sie ist nicht deklarativ, sondern konstitutiv. Daran kann in unserem Falle, wo es sich um eine positive Rechtsgestaltung mit Rückwirkung handelt, schwerlich gezweifelt werden. Aber gerade so ist es, wenn die genehmigte Verfügung auf Rechtsaufhebung gerichtet ist,[3] und nicht anders ist es in allen andren Fällen der mit Rückwirkung eintretenden Aufhebung eines bis dahin bestehenden Rechtszustandes, also bei der Vernichtung eines Rechts, und zwar auch dann, wenn diese erst durch ein sie aussprechendes Urteil (Nichtigkeitserklärung) herbeigeführt wird.

Die für das Wesen der Rückwirkung charakteristische Beschränkung der Zurückziehung der Genehmigung ist in § 184 II B.G.B. bestimmt: Rechte, die in der Zwischenzeit erworben sind, bleiben mit dem ihnen nach ihrer Entstehung zukommenden Range bestehen, und wenn die in der Zwischenzeit entstandene Rechtslage mit der genehmigten Verfügung in Widerspruch steht, so entfällt überhaupt die Rückwirkung, oder besser ausgedrückt: die Genehmigung gibt der Verfügung keine Wirkung. Hat z. B. der Minderjährige eine Forderung erlassen, der gesetzliche Vertreter sie aber an einen Dritten zediert, so kann die nun erfolgende Genehmigung des Erlasses hinsichtlich der Verfügung keinerlei Wirkung haben. Hat der zu dinglichen Verfügungen nicht berechtigte Vertreter eine Sache veräußert und übergeben, so bleibt der andre Käufer, dem der Eigentümer selbst sie gemäß B.G.B. § 931 übereignet hat, der Eigentümer, obwohl nun die erste Verfügung des Vertreters genehmigt wird.

b) Der zur Erbschaft berufene Erbe erwirbt sie nach heutigem Rechte mit dem Erbfalle. Aber das Gesetz versagt ihm das Verwaltungsrecht.[4] Deshalb fehlt ihm das Prozeßführungsrecht, und die Verfügungen, die er über Nachlaßgegenstände getroffen hat (ohne damit die Erbschaft anzunehmen), sind ohne Wirkung, wenn er nun

[1] B.G.B. §§ 108, 177, 185, 1375, 1396, 1444—46, 1519, 1525, 1549, 1829 usw.

[2] Deshalb muß der Erwerber auch im Augenblick der Genehmigung im guten Glauben sein, wenn die genehmigte Verfügung vom Nichtberechtigten getroffen wurde.

[3] Beispiel: Erlaß einer Forderung durch einen Minderjährigen, Erbschaftsausschlagung ohne Vertretungsmacht (B.G.B. § 1945 II).

[4] Verwaltungsrecht ist hier als die Verfügungsbefugnis mitumfassend gemeint, also in dem Sinne, wie die §§ 1443, 2205, 1 das Wort gebrauchen. Der Sprachgebrauch des Gesetzes schwankt. Vielfach (z. B. § 1984 I, 1, K.O. § 6) wird die Verfügung neben der Verwaltung genannt, die also dann in einem engeren Sinne gemeint ist.

die Erbschaft ausschlägt.[1] Aber das Gesetz läßt trotz der Rückwirkung der Ausschlagung die unaufschieblichen Verfügungen des provisorischen Erben in Kraft (§ 1959 II), und Rechtsgeschäfte, die ihm gegenüber von Dritten vorgenommen sind, wirken schlechthin gegenüber dem Erben, der nun zur Erbschaft gelangt (§ 1959 III).

c) Bei der Ordnung der Ersitzung gebraucht das Gesetz mehrfach Fiktionen. Eine solche enthält der § 940 II B.G.B.[2] Die Ersitzung setzt in aller Regel fortgesetzten Besitz voraus. Hat der Ersitzungsbesitzer ihn verloren, so kommt ihm gleichwohl die Zeit, während der der Dritte besaß, zustatten, wenn er ihn binnen Jahresfrist oder mittelst einer binnen Jahresfrist erhobenen Klage wiedererlangt. Das Besondere in dieser Vorschrift ist, daß die Besitzzeit des Dritten im Gegensatz zu der Regel des § 943 angerechnet wird, ohne daß dieser Ersitzungsbesitz gehabt zu haben braucht[3] und ohne daß Wiedererlangung durch Zurückgabe (also im Wege der Rechtsnachfolge!) gefordert wird. „Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt." Mit diesen Worten (§ 940 II) wird die Rückwirkung der Wiedererlangung des Besitzes statuiert. Diese Rückwirkung bezieht sich aber nur auf die condicio usucapiendi. Die Wahrheit, daß in der Zwischenzeit nicht der Ersitzende (A), sondern der Dritte (B) Besitzer war und daß der A den Besitz von B (durch Eigenmacht oder Rechtsnachfolge) zurückerhält, kann durch die Fiktion nicht aus der Welt geschafft werden. Das ist hier um so zweifelloser, als es sich um tatsächliche Verhältnisse handelt.

Eine Beschränkung der Rückwirkung ist in dem Gesetz nicht ausgesprochen. Sie ist aber unbedingt nötig zugunsten des Eigentümers (E). In der Zwischenzeit konnte dieser die Klage auf Herausgabe nur gegen den Zwischenbesitzer B anstellen, nicht aber gegen den Ersitzenden A. Wie nun, wenn er es rechtzeitig getan hat, der A aber vor Ablauf des Jahres den Besitz von B zurückerlangt und die Ersitzungszeit für ihn (A) abgelaufen ist, ehe E gegen A die Klage erhebt? Wirkt die gegen den Zwischenbesitzer gerichtete Klageerhebung gegen den Ersitzenden A? Hindert sie also dessen Ersitzung? Mit Recht wurde bei den Beratungen der II. Kommission diese Frage bejaht und die Erwartung ausgesprochen, daß die Praxis auch ohne ausdrückliche Bestimmung zu diesem Resultate kommen

[1] Nimmt er die Erbschaft nachträglich an, so wird der Mangel der Verwaltungsbefugnis geheilt. (Er war der Eigentümer, § 185 II kann also direkt nicht angewendet werden.)

[2] Über die Fiktion in § 941, 2 siehe o. S. 11.

[3] Dies ist nicht undenkbar. So z. B., wenn A die dem E gehörige Sache verliert, F sie findet und sofort an den gutgläubigen B weiterveräußert, dem sie dann von A auf Grund des § 1007 II abgestritten wird.

werde.[1] Gelangt die Sache im Wege der Rechtsnachfolge (Herausgabe) an den Ersitzenden zurück, so folgt schon aus § 325 I Z.P.O., daß er das gegen den Zwischenbesitzer ergangene Urteil insoweit gegen sich gelten lassen muß, als es sich um den Besitz handelt. Aber dieser prozessuale Gesichtspunkt reicht allein nicht aus, um zu verhüten, daß die Ersitzung sich vollendet und der Ersitzende sich auf sein Eigentum beruft. Bedenken bestehen auch in dem Fall, wenn der Ersitzende den Besitz in andrer Weise, als durch Herausgabe wiedererlangt hat.[2] Es hilft nur die Besinnung darauf, wie der wahre Sachverhalt ist. Die Rechtslage, die in der Zwischenzeit für den vindizierenden Eigentümer entstanden war, kann durch die Rückwirkung nicht berührt werden. In Wahrheit handelt es sich darum, daß die Besitzzeit dem Ersitzenden als Ersitzungszeit zugerechnet wird. Sie „kommt ihm", wie § 944 sagt, „zustatten"; nur mit dem Unterschied, daß § 944 voraussetzt, daß der Erbschaftsbesitzer Ersitzungsbesitz hatte, während dies in dem gewöhnlichen Falle des § 940 II nicht nötig ist.[3] In beiden Fällen verliert der Besitz des Zwischenbesitzers durch die Klage des Eigentümers die Anrechnungsfähigkeit. Wer dies leugnet, überspannt die Rückwirkung.

d) Es ist möglich, daß ein Ereignis auf zivilistischem Gebiete volle Rückwirkung hat, auf prozessualem Gebiete aber nicht, so daß es auf diesem sein Bewenden dabei hat, daß die Wirkung des Ereignisses erst mit diesem eingetreten ist. Ich habe die Ansicht vertreten, daß aus diesem Grunde die Prozeßführung, die nach Vornahme einer genehmigungsbedürftigen Verfügung über ihren Gegenstand begonnen ist, für und gegen den Erwerber, dessen Erwerb nach dem Prozeßbeginn genehmigt wurde, wirksam sei. Wie hier

[1] Protokolle 2, 235. A. M. Planck Erl. 3, Biermann Erl. 1 zu § 941, die die Rückwirkung ohne Einschränkung durchführen, weil eine solche im Gesetz nicht ausgesprochen ist. Planck beruft sich auf § 941 (hinsichtlich der Klage gegen den Besitzmittler). Er sieht in § 941 die Vorschrift, daß die Klage gegen einen Besitzer, der nicht selbst in der Ersitzungslage sei, nur dann unterbrechende Wirkung habe, wenn er Unterbesitzer des Ersitzenden sei. Viel eher kann man schließen: wenn dies in dem Falle gilt, wo der Ersitzende Besitzer war (§ 968), so muß es um so mehr gelten, wenn er den Besitz von dem Zwischenbesitzer erst wieder erhält.

[2] Über die berührten schwierigen Rechtskraftfragen vgl. meine Rechtskr. 131 f., 334, 356[6, 10], 355, wo aber unser interessanter Fall nicht direkt beurteilt ist.

[3] Der Erbe wird, was man nicht übersehen darf, mit dem Tode des Besitzers Besitzer (§ 957), kann sich also stets auf § 940 II berufen (arg. z. B. § 2025, 2), wenn die Jahresfrist gewahrt ist. Der § 944 hat seine Bedeutung, wenn diese verstrichen ist; dann aber (und nur dann) ist auch Gutgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers erforderlich. Über die verschiedenen Meinungen siehe Planck Erl. 1 zu § 941, Windscheid-Kipp (9) 1, 940.

die zivilistische Rückwirkung es nicht hindert, den Erwerber den Vorschriften der §§ 265, 325 Z.P.O. zu unterwerfen, so gilt das gleiche von demjenigen, an den ein Recht infolge der Anfechtung zurückfällt, nachdem der Erwerber einen Prozeß begonnen hatte.[1]

Inzwischen hat das Reichsgericht (Band 58 No. 65) den gleichen Grundsatz bezüglich der Rückwirkung der Aufrechnung angewendet. Auf prozessualem Gebiete (in Ansehung der Zuständigkeit) wird sie vom Reichsgericht mit Recht ignoriert.

3. Der definitiv eingetretene Erbschaftserwerb kann rückgängig gemacht werden: durch Anfechtung der eigenen Erbschaftsantretung oder der Ausschlagung (B.G.B. §§ 1954 fg.), durch Anfechtung der Erbeseinsetzung (§ 2078) und durch Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (§ 2344). Diese Reszission des Erbschaftserwerbs ist auch dann noch möglich, wenn der Erbe die Inventarfrist versäumt hat oder aus andren Gründen für die Nachlaßverbindlichkeiten persönlich haftbar geworden ist (§§ $1994^{I2}$, 2005/6) oder wenn er wegen der Verwaltung des Nachlasses nach Auftragsgrundsätzen (§ 1978) oder nach § 1980 zum Schadensersatz verpflichtet oder aus § $1978^{III}$ berechtigt wurde.

Diese Wirkungen bleiben bestehen, obgleich die Aufhebung des Erbschaftserwerbs Rückwirkung hat. Er war Erbe, als jene Verpflichtungsgründe eintraten, und er bleibt verpflichtet, obgleich er aufhört, Erbe zu sein. Eine eigentliche Beschränkung der Rückwirkung dürfte hierin kaum liegen.

### III. Rückwirkung und guter Glaube.

Diese Vorschriften (II) würden bei weitem nicht genügen, um die Härten zu beseitigen, die eine volle Durchführung der Rückwirkung im Rechtsverkehr mit sich brächte. Den Anforderungen, die wir heute an die Sicherheit des Rechtsverkehrs stellen, wird erst dadurch genügt, daß die Grundsätze über die (bloße) Verfügungs- und Prozeßführungsmacht, die dem Nichtberechtigten gegeben ist, um so mehr dem Berechtigten zusteht, der als solcher verfügt oder prozessiert hat, dann aber mit Rückwirkung die Befugnis zur Verfügung oder das Prozeßführungsrecht verloren hat. Diesen im Gesetz nicht generell ausgesprochenen Grundsatz setzt B.G.B. § 142 II als selbstverständlich voraus, indem bei der Anfechtung bestimmt wird, daß derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte und sich trotzdem vor der Anfechtung auf ein Rechtsgeschäft (oder die Prozeßführung) eingelassen hat, so behandelt wird, als sei

[1] Vgl. Hellwig, Rechtskraft 117, 122 f., $459^{8}$, Lehrb. I, 277—78.

es nach der Vernichtung geschehen und die Nichtigkeit bekannt oder infolge (grober bezw. leichter) Fahrlässigkeit unbekannt gewesen.[1]

Bei der Aufhebung von konstitutiven Staatsakten gibt es solche Schutzmittel nicht. Hier hilft der von uns behauptete Grundsatz. Er bedeutet nicht Schutz der Gutgläubigkeit, sondern ist unabhängig von solcher.

## II. Die Aufhebung von gerichtlichen Entscheidungen (infolge Anfechtung).

### § 3.

### 1. Die Rückwirkung der Aufhebung und ihre Bedeutung.

I. Die Aufhebung einer Entscheidung kann auf dem Gebiete der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit infolge der ordentlichen Rechtsmittel[2] oder auf dem außerordentlichen Wege der Anfechtungsklage (Widerspruchsklage)[3] geschehen. Dabei ist zu beachten, daß der Unterschied sich auch formell verwischt, wenn die anzufechtende Entscheidung mit der (sofortigen) Beschwerde anzufechten ist. Liegen nämlich die Erfordernisse der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage vor, so geschieht die Anfechtung durch Erhebung der Beschwerde.[4] In der streitigen Gerichtsbarkeit kommen als Fälle der Aufhebung noch hinzu: die Aufhebung von Versäumnisurteilen und von Vorbehaltsurteilen (Z.P.O. §§ 302, 541, 699). Sie können durch das entscheidende Gericht selbst geschehen. Auch sonst steht eine solche Zurücknahme der Anordnung der Aufhebung durch das höhere Gericht gleich.

---

[1] Nur unter der Voraussetzung, daß man diese Vorschrift immer vor Augen hat, wird es verständlich, wenn § 1344 nur von Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe spricht. Dieser Paragraph setzt voraus, daß das Rechtsgeschäft vor der Vernichtung der Ehe geschlossen oder der Prozeß vor ihr begonnen wurde. Es kann sich also bei einer anfechtbaren Ehe in Wahrheit nur um Kenntnis der Vernichtbarkeit (Anfechtbarkeit) handeln. — Bei der sogenannten nichtigen Ehe ist dieser Begriff ein ganz anderer als bei der im allgemeinen Teil vorkommenden Nichtigkeit.

[2] Zu beachten ist die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie führt zur Aufhebung einer rechtskräftigen Entscheidung und ist möglich innerhalb eines ganzen Jahres nach Ablauf der Notfrist. Das F.G.G. § 22 erleichtert die Erfordernisse hinsichtlich des Restitutionsgrundes sehr erheblich.

[3] Die Fälle sind bei Hellwig, Lehrb. I § 62 zusammengestellt.

[4] Z.P.O. § 577 II, 3, F.G.G. § 29 IV.

II. Die Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung ist stets (auch wenn diese nur eine deklarative ist) ein konstitutiver Staatsakt. Sie beseitigt, wie ja schon der Name[1] sagt, die angefochtene Entscheidung, richtiger: die Wirkung, die diese bis zur Aufhebung hatte. Eine zu beseitigende Wirkung kommt auch den noch nicht rechtskräftigen Entscheidungen zu. Man denke nur an die vorläufige Vollstreckbarkeit, die nicht nur bei Verurteilungen zu einer Leistung, sondern auch — als Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne — bei solchen Entscheidungen in Betracht kommt, die eine Anordnung enthalten (z. B. Z.P.O. § 708 No. 5, § 794 No. 4, K.O. § 74). Die Vollziehbarkeit von nicht rechtskräftigen Verfügungen spielt eine sehr große Rolle in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (F.G.G. § 24).

Erfolgt die Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung aus dem Grunde, daß sie sich als nichtgerechtfertigt erwiesen hat,[2] so bedeutet die Aufhebung die Vernichtung der Entscheidung. Anders ausgedrückt: Die Aufhebung hat rückwirkende Kraft. Daran ist auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit noch niemals gezweifelt worden. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist es nicht anders. Die Rückwirkung folgt aus der Natur der Anfechtung der Maßregel als einer nicht gerechtfertigten, also ungesetzmäßigen.[3]

III. Die Rückwirkung der Aufhebung bedeutet natürlich auch hier nicht die Feststellung, daß eine Entscheidung tatsächlich nicht getroffen sei, aber auch nicht die Deklaration, daß sie keine Wirkung gehabt habe,[4] sondern die Aufhebung hat die Bedeutung, daß die Rechtslage prinzipiell (aber unter sehr erheblichen Einschränkungen) so behandelt wird, als wäre die kassierte Entscheidung nicht erlassen worden. Dies hat natürlich eine sehr verschiedene Tragweite. Es kommt auf den Inhalt der aufgehobenen Entscheidung an.

---

[1] Vgl. Z.P.O. §§ 343, 539, 541 II, 1, 564, 578 („Wiederaufnahme"), 672, 717 II, 836 II, 926 II, 976 II.

[2] Gegensatz: Aufhebung, weil die Entscheidung nicht mehr gerechtfertigt ist, z. B. Wiederaufhebung der Entmündigung (Z.P.O. § 675 f.) oder Aufhebung des Arrestbefehls wegen Sicherheitsleistung des Schuldners (§ 927). — Der Ausdruck „ungerechtfertigt" findet sich häufig in den Gesetzen, vgl. z. B. Z.P.O. § 945, F.G.G. § 32.

[3] So schon mit Recht Dernburg, Vormundschaftsrecht 98. A. M. Eccius, Erörterungen aus dem Gebiete des Vormundschaftsrechts 32 f., Dorner in Kohlers Enzykl. 2, 225, Aron bei Gruchot 45, 602 f., (unter Aufgabe der richtigen in Z.Z.P. 27, 330 geäußerten Ansicht). Aron stellt die Sache gerade auf den Kopf. Was die Ausnahme des Prinzips ist, betrachtet er als Regel. Unrichtig ist auch seine Meinung, daß Verfügungen, die erst mit der Rechtskraft wirksam werden, „ausgeschlossen bleiben" (S. 604). Vgl. o. S. 18 Note 2.

[4] Darauf kommt Planck D.J.Z. 1899 S. 38 hinaus.

1. Aufhebung von Urteilen.

a) Soweit das aufgehobene Urteil lediglich eine Feststellung enthielt, lag seine Bedeutung darin, daß die Feststellung nicht bestritten werden konnte, weil ein zweiter Prozeßrichter an sie gebunden war. Dies kommt natürlich nur bei rechtskräftigen Urteilen in Betracht, weil die Anrufung und Geltendmachung der Feststellungswirkung keine Vollstreckung ist und deshalb auch die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht dazu führen kann, den zweiten Prozeßrichter hinsichtlich der ausgesprochenen Feststellung zu binden.[1]

Diese bindende Kraft verhindert es, daß die Parteien, auf die sie sich bezieht, in Widerspruch mit dem Urteil eine Rechtsbehauptung aufstellen können, solange das Urteil besteht. Diese Wirkung bezieht sich also nur auf die Zukunft; sie bestimmt das Verhalten des Richters, vor dem die entschiedene Rechtsfrage abermals auftaucht. War der Kläger A mit Unrecht rechtskräftig als Erbe oder Eigentümer oder Gläubiger anerkannt, so erwirbt er hierdurch keineswegs das ihm zuerkannte Recht.[2] Das Urteil schloß es nur aus, daß der Unterlegene die Behauptung des Siegers, das Recht zu haben, bestreiten und ein diesem widersprechendes Recht behaupten konnte. Deshalb durfte er wenn er eine Erbschaftssache beschädigt hatte, der Klage auf Schadensersatz nicht mit der Behauptung begegnen, er selbst sei der Erbe. Wenn der mit Unrecht als Erbe anerkannte Sieger in Kenntnis der wahren Rechtslage die streitige Sache zerstörte, so erwuchs dem Besiegten ein Anspruch auf Schadensersatz, aber er konnte ihn, solange das Urteil in Kraft war, weder klage-, noch verteidigungsweise geltend machen. Macht der Sieger ein ihm mit Unrecht zuerkanntes Recht geltend, so handelt er objektiv rechtswidrig und macht sich, wenn das erforderliche Verschulden vorhanden ist, schadensersatzpflichtig. Aber der Besiegte kann diesen Ersatzanspruch nicht verfolgen, weil er sich nicht in Widerspruch

[1] Vor Eintritt der Rechtskraft bindet das Urteil nur den entscheidenden Richter (in demselben Prozesse), Z.P.O. § 318. Hat er in Widerspruch mit einem Zwischenurteil eine Entscheidung gefällt, wird es aber aufgehoben, so bedeutet die Rückwirkung, daß die Entscheidung nun nicht mehr aus dem Grunde jenes Widerspruchs angefochten werden kann.

[2] Das Feststellungsurteil bildet zweifellos keinen Grund für Erwerb und Verlust des Eigentums, Erbrechts usw., aber auch nicht einmal für Entstehung oder Untergang von Obligationen (die römische condemnatio war, wenn die eingeklagte Schuld nicht auf Geld ging, keine Feststellung einer vorhandenen Geldschuld, sondern Festsetzung [Erzeugung] einer solchen). Jenes Urteil wirkt inter partes. Ist ein Recht entstanden oder untergegangen, so wirkt dies stets inter omnes. — Man beachte auch die Möglichkeit, daß weder der Sieger noch der Besiegte der Erbe usw. ist.

mit dem Urteil setzen kann. Fällt dann aber das Urteil durch Vernichtung zusammen, so ist dieser Hinderungsgrund beseitigt, und die auf Grund der wahren Rechtslage entstandenen Ansprüche können nun gerichtlich geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die Vergangenheit, man kann aber darin keine Rückwirkung sehen.[1]

Weil das reine Feststellungsurteil die abgeurteilten Rechtsverhältnisse nicht umgestaltet, so kann bei ihnen der zu beweisende Grundsatz auch nicht gelten. Hat z. B. der Schuldner auf Grund der Feststellung, daß von zwei Forderungsprätendenten (A, B) der eine (A) der verus creditor sei, an diesen gezahlt, so ist er, da er aus der Gläubigerschaft des A seine Befreiung von der Verbindlichkeit herleitet und insofern sein Rechtsnachfolger ist,[2] so lange gegen eine Klage des B geschützt (§ 325), als das Urteil wirkt. Mit dessen Vernichtung hört dieser Schutz auf. Der Schuldner war nicht gezwungen, an den A zu zahlen, und er handelte auf seine Gefahr, wenn er es tat. Beweist der B, daß er der Gläubiger ist, so muß der Schuldner, wenn er keine andren Gründe für seine Befreiung hat,[3] nun nochmals zahlen, und er trägt die Gefahr, daß die condictio indebiti gegen A erfolglos bleibt.

In einer mißlicheren Lage befindet sich die besiegte Partei, wenn sie auf Grund der rechtskräftigen Feststellung in einem späteren Prozesse unterlegen ist.[4] Durch die Vernichtung des präjudiziellen Urteils fällt das zweite Urteil keinenfalls von selbst zusammen. Vielmehr kann hier nur durch die Restitutionsklage geholfen werden.[5]

---

[1] Anders würde die Beurteilung sein, wenn das Feststellungsurteil privatrechtlich konstitutiv wirken würde. Dann hätten wir die im Text bezeichneten Resultate aus dem Gesichtspunkt der Rückwirkung zu gewinnen. Dies ist in meiner Darstellung in Rechtskraft S. 15—17 nicht beachtet.

[2] Vgl. Hellwig, Lehrb. I § 40 Note 29 f.

[3] Ein solcher kann z. B. darin liegen, daß B Zessionar ist. Dann kann der § 407 B.G.B. dem Schuldner Hilfe bieten.

[4] So z. B. wenn auf Grund der Feststellung der Darlehensschuld die Pfandklage siegreich durchgeführt wurde.

[5] Ob hier der § 580 No. 7 b angewendet werden kann (so Kohler, Enzykl. 2, 149) oder ob aus Analogie des § 580 Nr. 6 (Strafurteil, nicht bindend; Zivilurteil, bindend), muß hier dahingestellt bleiben. — Anders ist es, wenn das Urteil auf Grund einer konstitutiven Entscheidung gefällt wurde und diese vernichtet wird. Dadurch wird die Rechtslage verändert, und hier steht einer neuen (gewöhnlichen) Klage oder der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 II) die Rechtskraft nicht entgegen. Beispiel: Die Klage des Nachlaßgläubigers ist abgewiesen, weil der Beklagte infolge Erbunwürdigkeitserklärung nicht mehr Erbe war. Die Klage kann wiederholt werden, wenn die Erbunwürdigkeitserklärung vernichtet ist; der Beklagte ist nun wieder Schuldner geworden.

Dasselbe gilt, wenn ein Dritter auf Grund des später vernichteten Urteils eine günstige Entscheidung erstritten hat oder wenn eine ungünstige gegen ihn erstritten ist, weil das Urteil gegen ihn Rechtskraftwirkung hatte oder in andrer Weise gegen ihn wirkte.[1]

### b) Konstitutive Urteile und andre rechtsgestaltende Entscheidungen.

Ihr Wesen und ihr Gegensatz zu den reinen Feststellungsurteilen ist neuerdings so viel erörtert worden, daß ich mich nach dieser Richtung mit wenigen Worten begnügen kann.

α) Die Verurteilung zu einer Leistung enthält den Befehl, die geschuldete Leistung zu machen.[2] Das Bestehen des Anspruchs wird durch diesen Leistungsbefehl *festgestellt*, der *direkt* den Vollstreckungstitel *erzeugt*. Letzterer schafft also mit seiner Rechtskraft das Vollstreckungsrecht; dieses kann aber auch schon vorher dadurch entstehen, daß die Entscheidung kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbar ist oder für vollstreckbar „*erklärt*", d. h. durch Richterspruch vollstreckbar *gemacht* ist. Die Feststellung wirkt inter partes, das Vollstreckungsrecht aber (als das Recht, bei den Vollstreckungsorganen gegen diesen Schuldner die Vollstreckung zu betreiben) ist nicht abhängig von dem Bestehen des privatrechtlichen Anspruchs[3] und muß von *jedermann* als vorhanden anerkannt werden. *Insofern* ist die Entscheidung, die den Titel enthält, wahrhaft konstitutiv.

---

[1] Beispiele: Zwischen A und B ist festgestellt, daß A der Eigentümer ist. Dann hat A gegen den X, der die Sache nach dem Prozeßbeginn und in Kenntnis desselben von B erworben hatte, auf Herausgabe geklagt und auf Grund des ersten Urteils die Verurteilung erzielt, obwohl F behauptete, daß B der Eigentümer gewesen sei. — Auf Grund einer gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Feststellung ist der Erbe verurteilt oder mit seiner Klage abgewiesen. — Auf Grund der Verurteilung der offenen Handelsgesellschaft ist der Gesellschafter verurteilt. — Die Klage gegen den Bürgen ist abgewiesen, weil der Hauptschuldner freigesprochen war.

[2] Die Verurteilung ergeht in der Regel in der Form des Urteils. Aber es gibt auch andre vollstreckbare Leistungsbefehle, vgl. Z.P.O. §§ 692, 794 No. 3, 4. Praktisch von besonderer Bedeutung ist der Kostenfestsetzungsbeschluß. — In Z. f. öff. R. 21, 46 berichtet O. Mayer als meine Auffassung, daß die Verurteilung „zunächst die Feststellung der Leistungspflicht enthalte" und „dazu noch den Leistungsbefehl enthalte". Aber in meiner Rechtskr. 6, welche Stelle Mayer allein berücksichtigt, ist keine andre, als die im Texte bezeichnete, in meinem Anspr. u. Klagr. 118 f. u. Lehrb. 1, 47 näher begründete Auffassung ausgesprochen.

[3] Der Leistungsbefehl wird erlassen, *weil* der Anspruch auf Grund der bisherigen Verhandlung als vorhanden angenommen wird, nicht aber unter der *Bedingung*, daß er bestehe.

Hier liegt die Rechtsgestaltung nicht auf privatrechtlichem, sondern auf prozessualem Gebiete. Das Vollstreckungsrecht ist ein prozessuales Recht.[1]

Wird jene Entscheidung vernichtet,[2] so fällt das Vollstreckungsrecht mit Rückwirkung fort. Die Folge der Vernichtung ist nicht, daß es niemals vorhanden war, sondern daß man geltend machen kann, es sei nicht mit Recht vorhanden gewesen. Anders ausgedrückt: es sei mit Unrecht erlangt. Deshalb kann der Schuldner, gegen den der Gläubiger die Vollstreckung betrieben hat, nun von diesem Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Vollstreckung verlangen, und zwar, falls eine nicht rechtskräftige Entscheidung vollstreckt war, schlechthin (d. h. ohne daß ein Verschulden gefordert wird).[3]

Gegenüber Dritten erleidet diese Rückwirkung eine sehr erhebliche Einschränkung.[4]

β) Die Urteile, welche eine Rechtsgestaltung aussprechen, um ein im Wege der Klage auszuübendes Recht auf Rechtsänderung (Gestaltungsrecht, Recht des rechtlichen Könnens) zu realisieren, sind Feststellungsurteile, soweit sie jenes Recht als vorhanden anerkennen;[5] sie sind konstitutiv, soweit sie die Rechtsänderung aussprechen und

---

[1] Das Recht, die Vollstreckung bis zur Pfändung zu betreiben (nicht: zur Realisierung des Pfandrechts), entsteht durch den Arrestbefehl, Z.P.O. § 928 f. — Otto Mayer, Z. f. öff. R. 21, 46 polemisiert gegen die Zerlegung der Urteilswirkung in die Feststellungswirkung (die Z.P.O. § 325 allein im Auge hat) und die konstitutive Wirkung (mit der unser Text sich allein beschäftigt). Allein die Verschiedenheit des Inhalts der Urteilswirkung und ihrer personellen Grenzen macht diese Unterscheidung nötig.

[2] Die Vollstreckungsgegenklage (§ 767) führt nicht zur Vernichtung des Titels (ex tunc), sondern nur zur Aufhebung der Vollstreckungsfähigkeit (die Zwangsvollstreckung wird „für unzulässig erklärt", § 775 No. 1), weil diese nicht mehr gerechtfertigt ist (zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung im Widerspruchsprozesse).

[3] Z.P.O. § 717 II, vgl. auch § 945.

[4] Vgl. u. S. 38. Zu den Dritten gehört nicht, wer als Rechtsnachfolger in den vollstreckbaren Anspruch das Vollstreckungsrecht ausgeübt hat.

[5] Ein Urteil, welches die Klage auf Rechtsänderung abweist, enthält die Feststellung, daß das Recht auf die Rechtsänderung nicht vorhanden sei. Otto Mayer, Z. f. öff. R. 21 47 bezeichnet diesen Satz als falsch für alle die Fälle, in denen die Klage ein solches Recht auf Rechtsänderung nicht geltend mache. Aber darin liegt gerade das Charakteristikum der streitigen Gerichtsbarkeit gegenüber der freiwilligen, daß in der ersteren das Gericht Rechtsschutz gewährt: Schutz (Feststellung und Vollziehung) des Rechts auf Rechtsänderung. Eine zivile Klage auf Rechtsänderung ohne ein Recht auf solche ist mir nicht bekannt. Die von Mayer S. 49, 50 angeführten Beispiele enthalten zum Teil nur Ansprüche (B.G.B. § 194) auf Rechtsänderung (so B.G.B. §§ 1023, 1612 I), zum Teil wird das Recht auf Rechtsänderung mit Unrecht bestritten. Vgl. darüber ausführlicher mein Lehrb. I § 34.

mit Eintritt der Rechtskraft vollziehen.[1][2] Wird ein solches Urteil vernichtet, so wird die vollzogene Rechtsänderung wieder beseitigt.

Die Folgen der Rückwirkung bestehen darin, daß die Rechtsänderung als nicht eingetreten zu behandeln ist. Was dies bedeutet, ergibt sich leicht, wenn wir an ein solches Urteil denken, welches eine positive Rechtswirkung aussprach. Wird die Wiederherstellung des Verwaltungsrechts des Ehemanns (B.G.B. § 1425) aufgehoben, so bedeutet dies, daß prinzipiell alle Rechte, die er kraft des inzwischen vorhanden gewesenen Verwaltungsrechts erworben hatte, als nicht erworben anzusehen sind,[3] daß alle sonstigen Vorteile, die er erlangte, als ohne rechtlichen Grund erlangt gelten und daß andrerseits aber auch die Beschränkungen, die das Verwaltungsrecht der Ehefrau infolge der Wiederherstellung erlitten hatte, als nicht eingetreten anzusehen sind. Bei diesen Konsequenzen der Rückwirkung verbleibt es auch.[4] An sich würde aus ihr aber auch folgen, daß die Rechte, welche Dritte auf Grund des Verwaltungsrechts des Ehemanns erworben haben, zusammenfallen. Doch greift hier gerade unser Grundsatz ein (S. 49 f.).

Hatte das Urteil ein Rechtsverhältnis ex nunc aufgehoben, so besteht die Folge der Aufhebung darin, daß: 1. die Feststellung

---

[1] Hierher gehört auch das Ausschlußurteil. Es ist feststellend, soweit es den Antragsteller als den Berechtigten anerkennt (m. Rechtskr. 307 [14]), aber konstitutiv, sofern es entgegenstehende Rechte Dritter, falls sie existieren und nicht angemeldet wurden, aufhebt. Kraftloserklärung ist der Richterspruch, der kraftlos macht. Vgl. m. Lehrb. 1 § 9 [58. 59]. Er wirkt sofort (vgl. z. B. B.G.B. § 800), bis er aufgehoben ist (vgl. Z.P.O. § 1018 II u. u. S. 45). Die Aufhebung erfolgt hier auf Widerspruchsklage hin (Z.P.O. § 957). — Das Ausschlußurteil, welches eine Todeserklärung ausspricht, schafft erst die Vermutung des Todes und die sonstigen Wirkungen der Todeserklärungen (z. B. B.G.B. § 1348 I u. u. S. 46 f.) und ist insofern ebenfalls konstitutiv.

[2] Der Ausspruch der Rechtsänderung geschieht nicht unter der Bedingung, daß das Recht auf sie vorhanden ist, sondern weil es nach der Meinung des Gerichts bestehe. Deshalb wirkt das Urteil rechtsgestaltend auch dann, wenn diese Annahme des Gerichts falsch war, oder wenn die im Wege der Klage geschehene Ausübung des (vorhandenen) Rechts von einem Prozeßunfähigen oder von einem falsus tutor oder procurator geschah. Ist die Rechtsgestaltung gegenüber einer Partei ausgesprochen, die nicht die richtige Partei (nicht Subjekt des zu gestaltenden Rechtsverhältnisses und auch nicht zur Prozeßführung berechtigt, Lehrb. 1 § 49 IV, § 51 II) ist, so wirkt das Urteil nicht rechtsgestaltend.

[3] So gilt z. B. die Frau von Anfang an als Subjekt der Mietzinsforderungen, die ihrem Ehemann aus dem von ihr geschlossenen Mietvertrage zustanden (B.G.B. § 1383) und von diesem noch nicht eingezogen sind (u. S. 49 f.).

[4] So konvalesziert z. B. die von der Frau entgegen dem § 1396 B.G.B. getroffene Verfügung; eine in der Zwischenzeit von der Frau erhobene Klage kann nicht mehr aus dem Grunde des § 1400 II abgewiesen werden (Hellwig, Lehrb. 1 § 29).

des Rechtes auf Rechtsänderung kassiert wird[1] und daß 2. das aufgehobene Rechtsverhältnis wieder entsteht und als niemals erloschen zu behandeln ist. So war zwar „die Aufhebung der Verwaltung und Nutzung mit der Rechtskraft des (ersten) Urteils eingetreten" (B.G.B. §1418II) und „die Auflösung der Ehe war...eingetreten" (§ 1564[2]). Aber es bedarf keiner neuen Eheschließung: die Parteien waren eine Zeitlang nicht Ehegatten, aber nun sind sie es wieder, und sie werden prinzipiell so behandelt, als wären sie nicht geschieden gewesen. Um dies zu erklären, braucht man keineswegs der Auffassung zu huldigen, es habe nur „der Schein bestanden, als sei die frühere Ehe aufgelöst".[3] Diese Anschauung widerstreitet dem Gesetze und der Logik der Tatsachen. Sie ist ebenso unhaltbar, als wenn man die Wiederherstellung eines durch Ersitzung untergegangenen Rechts deshalb als bloß deklarierend betrachten wollte, weil die durch Richterspruch erfolgende restitutio in integrum rückwirkende Kraft hatte. Auch die Aufhebung einer Aufhebung ist nicht deklarativ, sondern konstitutiv. Und wenn sie dies ist, so kann sie nichts andres als Wiederherstellung sein.[4]

Diese ist nur möglich, wenn keine Gründe eingetreten sind, die sie unmöglich machen. So kann der Handelsgesellschafter die ihm entzogene Vertretungsbefugnis (H.G.B. § 127) dann nicht wieder erlangen, wenn die Handelsgesellschaft inzwischen aufgelöst ist. Das (unvererbliche) Verwaltungsrecht des Ehemanns kann nicht wieder entstehen, wenn er nicht mehr lebt, und ebenso nicht die Ehe, wenn ein Ehegatte gestorben ist.[5] Die jetzt erfolgende Vernichtung des Scheidungsurteils[6] kann nur ihre übrige Wirkung haben. Aber aus diesem Grunde ist die Wiederaufnahmeklage keineswegs unzulässig.[7]

[1] Wird nun im iudicium rescissorium die Klage (z. B. auf Scheidung) als unbegründet abgewiesen, so ist dies die Feststellung, daß ein Scheidungsrecht nicht vorhanden sei. Zu einer solchen Entscheidung zur Hauptsache braucht es aber nicht zu kommen (so z. B. im Falle § 579 No. 4).

[2] So Planck D.J.Z. 1899 S. 38.

[3] Vgl. o. § 2 S. 7 f.

[4] Ein weiterer Hinderungsgrund liegt darin, daß einer der Ehegatten inzwischen eine gültige neue Ehe eingegangen ist. Vgl. u. S. 50 f..

[5] Sie ist trotz Z.P.O. § 628 möglich. Die Restitutionsklage kann z. B. von dem rechtlich interessierten Sohne der geschiedenen Ehefrau erhoben werden, weil der Beitritt eines Nebenintervenienten auch zum Zwecke der Erhebung der Wiederaufnahmeklage möglich ist (Z.P.O. §§ 66 II, 69, Hellwig, Lehrb. 2 479, 480). Erweist er nun z. B. den Restitutionsgrund, so beschränkt sich das Urteil auf die Reszission. Zur Hauptsache kann in einem solchen eigenartigen Falle wegen § 628 Z.P.O. nicht erkannt werden.

[6] Damit widerlegt sich einer der Gründe, die Helbig, Gültigkeit oder Ungültigkeit einer zweiten Ehe (Erl. Diss. 1906) 70 gegen die unten S. 50 f. vertretene Ansicht vorbringt.

Die Folgen, welche sich aus der rückwirkenden Wiederherstellung des früheren Zustandes ergeben, werden voll gezogen, soweit es sich um die Verhältnisse der beiden Parteien untereinander handelt. Soweit aber andere Rechtsbeziehungen in Frage kommen, zeigt es sich, daß das aufgehobene Rechtsverhältnis in der Zwischenzeit in der Tat nicht bestand. — Daß der geschlechtliche Verkehr des geschiedenen Mannes nach Aufhebung des Scheidungsurteils sich nun auf einmal als Ehebruch darstellen könne, wird schwerlich jemand behaupten wollen. Hat die Frau in der Zwischenzeit ein Kind empfangen, so erscheint es mir geradezu als widersinnig, daß die Vermutung der Vaterschaft gegen den geschiedenen Ehemann angewendet werden könnte.[1]

γ) Konstitutiv wirkende „Beschlüsse" der streitigen Gerichtsbarkeit sind z. B. der Entmündigungsbeschluß (er entzieht oder beschränkt die Geschäftsfähigkeit und begründet die Zulässigkeit der Vormundschaft auch schon, ehe er unanfechtbar geworden ist) und die vielen Beschlüsse, die im Vollstreckungsverfahren[2] ergehen und auch vor ihrer Rechtskraft vollziehbar sind, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme macht.[3] Auch die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber ist ein konstitutiver Rechtsakt. Er gewährt dem „Gläubiger" auf Grund seines Vollstreckungstitels die Möglichkeit, alsbald das bezeugte Vollstreckungsrecht auszuüben.[4]

Die rückwirkende Kraft der Aufhebung (Vernichtung) dieser Art von konstitutiven Staatsakten wird trefflich durch eine vereinzelte gesetzliche Vorschrift illustriert. Ist in der Zwischenzeit von dem Entmündigten oder ihm gegenüber ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so kann seine Wirksamkeit nicht auf Grund des Entmündigungsbeschlusses in Frage gestellt werden (B.G.B. § 1151). Das Rechtsgeschäft konvalesziert also durch die Vernichtung der Entmündigung, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Wirksamkeit vorhanden sind.[5]

---

[1] Ist das Kind von dem früheren Ehemann erzeugt, so ist es meiner Ansicht nach ein uneheliches Kind, wird aber per subsequens matrimonium restitutum legitimiert. — Im übrigen vgl. u. S. 50f.

[2] Einschließlich Konkursverfahren. In diesem ist von besonderem Interesse der Konkurseröffnungsbeschluß (vgl. u. S. 41f.).

[3] Eine solche liegt z. B. darin, daß trotz § 89 Z.V.G. der Ersteher erst nach der Rechtskraft des Zuschlags und nach Ausführung des Teilungsplans im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird (Z.V.G. § 130). Er kann also — das ist der Zweck — vorher nicht verfügen.

[4] Das Urteil, welches der „Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel" stattgibt, ist vollstreckbar erst, wenn es rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Vgl. mein Lehrb. 1 174—75.

[5] Anders ist die Bedeutung des § 2230 I. Ist der Entmündigungsbeschluß vor

Die Beschränkung der Rückwirkung ist bei dieser Art von Gerichtsbarkeitsakten von besonderem Interesse, weil sie hier für einige Fälle ausgesprochen und auch kaum bezweifelt ist.[1]

2. Aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommen für unsere Untersuchung nur die Akte in Betracht, die **als solche** eine konstitutive Rechtswirkung herbeiführen. Um diese zu ermitteln, müssen wir zwei Klassen von Gerichtsbarkeitsakten unterscheiden, nämlich

a) einmal α) diejenigen Fälle, in denen ein Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit zwar bei einem Rechtsgeschäft mitwirkt, die Mitwirkung sich aber in der Beurkundung erschöpft, ferner aber auch β) diejenigen Fälle, in denen die Tätigkeit der zuständigen Behörde[2] in einer Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäfte oder in der bloßen Verlautbarung einer bereits eingetretenen Rechtsgestaltung (Eintragung in öffentliche Register) besteht, die rechtliche Wirkung aber nicht oder nicht ausschließlich auf dem obrigkeitlichen Akte beruht. Als Beispiele sind anzuführen die Eintragung eines Ehevertrags in das Güterrechtsregister, einer offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister, die Erteilung eines Erbscheins, die grundbuchmäßige Eintragung einer durch Erbfolge bereits eingetretenen Veränderung der dinglichen Rechtsverhältnisse. In solchen Fällen ist die Eintragung bloß deklarativ; sie ist eine bloße Zutat; sie ist weder der Grund einer Rechtsveränderung, noch ist sie auch nur ein Element des Tatbestandes, von dem die verlautbarte Rechtsveränderung abhängt. Aber auch die Eheschließung, die unter Mitwirkung des Standesbeamten zustande kommt (B.G.B. § 1317 I, 2), die Eintragung auf Grund einer Auflassung oder einer Eintragungsbewilligung und die Bestätigung eines Adoptionsvertrags[3] gehören unter diese Kategorie und bieten keine Ge-

---

dem Tode des entmündigten Testators aufgehoben, so greift schon der § 115 I 1 durch. Aber der § 2230 I geht bedeutend weiter. Stirbt der Entmündigte vor der rechtskräftigen Entscheidung des Anfechtungsprozesses, so erledigt sich dieser in der Hauptsache (wie im Falle des § 628 Z.P.O.). Es kommt also nicht zur Aufhebung der Entmündigung. Wenn trotzdem das Testament gültig ist, so bedeutet dies nichts andres, als daß die Fähigkeit zur Testamentserrichtung nicht schon durch den (rechtskräftigen) Entmündigungsbeschluß, sondern erst durch die unanfechtbare Entmündigung aufgehoben wird. Auch der § 2230 II geht über § 115 I 1 hinaus.

[1] Vgl. u. S. 40 f.

[2] Es kommen hier nicht nur Gerichte, sondern auch andre Behörden in Betracht (F.G.G. § 194).

[3] Der Annahmevertrag ist mindestens ein gleichwertiges Element in dem Tatbestand, der die Kindesstellung begründet (B.G.B. § 1741). Die Bestätigung gibt diese allein nicht. Der rechtliche Vorgang ist ein ganz andrer als bei der staatlichen Ehelichkeitserklärung (B.G.B. § 1727), bei der der Antrag nur die Bedingung für den Erlaß des Staatsakts ist, dieser aber für sich die Wirkung hervorbringt. Deshalb hat das O.L.G. Hamburg (bei Seuff. Arch. 60 S. 133) mit Recht angenommen,

legenheit für die Anwendung unseres Grundsatzes. Prinzipiell hat hier deshalb der Dritte auf seine Gefahr zu prüfen, ob die bezeugte Rechtsänderung eingetreten ist. Aus dem Staatsakt allein kann er sie nicht ableiten. Hat er sich in der Annahme, die Rechtsveränderung sei eingetreten, getäuscht, so kann nur die Frage entstehen, ob sein Glaube geschützt ist. Dies kann nur aus besonderen gesetzlichen Vorschriften abgeleitet werden. Solche haben wir im B.G.B. §§ 892/3, 1344, 2366 f. Sie verleihen dem guten Glauben an die Richtigkeit des Eintrags[1] Wirksamkeit, aber sie knüpfen an die falsche Eintragung nicht die Verfügungsbefugnis, sondern nur die bloße Verfügungsmacht. Der Verfügende bleibt bei Unrichtigkeit des Eintrags ein Nichtberechtigter; nur der Gutgläubige kann aus seiner Verfügung einen Rechtserwerb herleiten.[2] In den Fällen aber, in denen unser Grundsatz zur Anwendung kommt (S. 31 f.), handelt es sich nicht um den Schutz des guten Glaubens.

b) Von Rückwirkung der Aufhebung und von ihrer später zu erörternden Beschränkung zugunsten Dritter kann nur da die Rede sein, wo der Gerichtsbarkeitsakt für sich allein eine Rechtsänderung herbeiführte, wo also die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen nur die Bedingung dafür bilden, daß er vorgenommen werden darf, aber nicht dafür, daß er wirkt. In Betracht kommen nur die Akte, die von ihrem Erlaß an oder doch von ihrer Rechtskraft an[3] so lange die ihnen nach ihrem Inhalt zukommende Wirkung entfalten, bis sie als ungesetzlich ergangen zurückgenommen oder im Wege der Anfechtung aufgehoben werden.

α) Welches die hierher gehörigen Fälle sind, kann hier in allen Einzelheiten nicht erörtert werden. Jedenfalls sind es „Verfügungen" einer sachlich[4] zuständigen Behörde, durch die jemand „die Fähig-

---

daß bei Nichtigkeit des Annahmevertrags die Kindesstellung nicht entsteht. Die entgegengesetzte Ansicht von Dernburg B.R. 4 § 94 VI führt Gründe an, die de lege *ferenda* sehr beachtenswert sind.

[1] Der Ausdruck ist insofern nicht ganz genau, als Erbscheine nicht in Register eingetragen werden und die Eheschließungen nicht eingetragen zu werden brauchen.

[2] Ebenso wie in den Fällen B.G.B. § 1435, H.G.B. § 15, in denen aber der gute Glaube stets nur auf der Tatsache, daß etwas nicht eingetragen ist, beruhen kann.

[3] Über die Aufhebung nach der Rechtskraft vgl. F.G.G. § 22 II (Wiedereinsetzung), § 29 IV mit Z.P.O. § 577[1,2] (Gründe der Wiederaufnahme). Siehe oben S. 18 Note 2.

[4] Sachliche Unzuständigkeit macht die Verfügung der Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit nichtig, örtliche aber nicht; ebenso nicht die Mitwirkung eines Richters, der von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist (F.G.G. § 7). Anders ist es in dieser Beziehung in der streitigen Gerichtsbarkeit (Lehrb. 1 95, 2 83, 86).

keit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt" (F.G.G. § 32). Dahin gehören alle Vormunds- und Pflegerernennungen (auch im Falle der §§ 1960, 1981), die Ernennung oder Entfernung von Testamentsvollstreckern (B.G.B. §§ 2200, 2227), die Genehmigungen des Vormundschaftsgerichts zu Handlungen des Vormunds oder Pflegers oder eines Ehegatten oder zur Eheschließung (B.G.B. §§ 1804, 1308), die sonstigen in der oben bezeichneten Weise wirkenden Handlungen des Vormundschaftsgerichts (z. B. §§ 29, 113, 1357, 1630, 1685/6, 1727), die Bestellung oder Abberufung von Liquidatoren durch das Handelsgericht, die Volljährigkeitserklärung (mag sie durch das Vormundschaftsgericht oder, wie in Bayern, durch das Justizministerium geschehen). Auch die Tätigkeit der staatlichen Behörden bei Entstehung der juristischen Personen gehört hierher. Bei „nichtigen" Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. ist dies zweifellos.[1] Das gleiche ist aber bei der Eintragung eines Vereins und bei der durch speziellen Staatsakt geschehenen Verleihung der juristischen Persönlichkeit[2] zu behaupten. Die gültige Vereinsgründung oder Widmung eines Stiftungsvermögens ist nicht die Bedingung, unter der die Verleihung der Persönlichkeit wirksam ist, sondern die Voraussetzung für die Verleihung. Fehlt sie, so mag die Verleihung zurückgenommen oder in den gesetzlich bestimmten Fällen durch Urteil vernichtet werden können. Beide Akte sind Aufhebung der Wirkung, welche die Verleihung auch dann hatte, wenn sie nicht hätte geschehen dürfen. Dasselbe gilt von der „Erteilung eines Patents" (Pat.G. §§ 14, 23 I), von dem „durch Eintragung begründeten Recht" auf Gebrauch eines Musters (R.G. v. 1./6. 1891 §§ 4, 7) und dem Warenzeichenrecht (R.G. v. 12./5. 1894 § 12), wenngleich diese Akte in einer solchen Weise erfolgten, daß diese Rechte vernichtbar sind.[3]

---

[1] Vgl. u. S. 34 f. Ganz anders ist es bei der offenen Handelsgesellschaft. Ist die Gründung nichtig, so bewirkt die Eintragung in das Handelsregister nicht, daß sie als bestehend anzusehen ist. Hierfür könnte nur der § 15 H.G.B. angeführt werden, und dieser hat eine andre Bedeutung.

[2] Ob diese Verleihung durch Gesetz oder gemäß gesetzlicher Ermächtigung durch ein Staatsorgan geschieht, begründet für unsere Frage keinen Unterschied.

[3] Über die Frage, ob die bezeichneten Akte konstitutiv oder bloß deklarativ sind, wird ein lebhafter Streit geführt. Meines Erachtens tut die Meinung, welche letzteres behauptet, den zitierten gesetzlichen Bestimmungen Gewalt an. Besonders deutlich ist § 12 II des Warenzeichengesetzes (u. S. 31 Note 1, 4). Ein Widerspruch ist es, wenn man der Löschung Rückwirkung beilegt und doch die konstitutive Natur der Eintragung leugnet (o. S. 7). Man beachte, daß das Gesetz nicht sagt, daß der Berechtigte durch die Eintragung die Befugnis (zur ausschließlichen Verwertung des Rechts) erlangt, sondern daß die Eintragung dem Eingetragenen die Befugnis gibt.

β) Werden solche konstitutiven Staatsakte als nicht **mehr gerechtfertigt** aufgehoben, so verlieren sie ihre Wirksamkeit ebenso ex nunc, wie wenn diese aus einem andren Grunde endigt. Dahin gehört der Fall, daß ein Patent gemäß § 11 des Patentgesetzes zurückgenommen oder wenn einem Verein gemäß §§ 43, 73 B.G.B. die Rechtsfähigkeit entzogen wird. Sieht man genauer zu, so ist nach diesem Gesichtspunkte auch der Fall zu beurteilen, wenn eine Vormundschaft auf Grund einer ungerechtfertigten Entmündigung eingerichtet ist. Denn das Gesetz (§ 1896 B.G.B.) macht zur Voraussetzung die **Entmündigung** (schlechthin) und fordert nicht etwa eine **unanfechtbare**. Sonach bewirkt die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses, daß die Vormundschaft gemäß § 1897 B.G.B. in Verbindung mit § 1882 endigt. Daraus ergibt sich aber auch, daß es keine Ausnahmebestimmung ist, wenn das Gesetz (§ 115 I 2) ausspricht, daß die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ausübt.[1] Dasselbe gilt von den in B.G.B. § 115 II geregelten Fällen.

γ) Werden solche Staatsakte **vernichtet** („für nichtig erklärt"), so verlieren sie ihre Wirkung prinzipiell ex tunc.

aa) Bis die Vernichtung geschehen ist, kann die „Nichtigkeit" (richtiger: die Vernichtbarkeit) nicht anderweit geltend gemacht werden, weder in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, noch in einem Prozesse und noch weniger im außergerichtlichen Verkehr. Dies beruht auf einem allgemeinen Grundsatze, der umgekehrt auch für die konstitutiven Akte der streitigen Gerichtsbarkeit gilt. Die **Anfechtbarkeit** hat Bedeutung nur für das Verfahren, in dem sie nach den gesetzlichen Vorschriften geltend zu machen ist. So kann z. B. die Befugnis zu einer Kündigung, die ein Vormund oder Nachlaßpfleger auf Grund seiner Bestellung vornimmt, nicht aus dem Grunde beanstandet werden, daß er rechtswidrig bestellt und diese Bestellung vernichtbar sei;[2] der Klage des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, einer genehmigten Stiftung oder eines eingetragenen Vereins kann kein Einwand aus einem Grunde entgegengesetzt werden, welcher zur Zurücknahme der Verleihung der Rechtspersönlichkeit führen wird; die Klage wegen Verletzung eines erteilten Patentes oder eingetragenen Warenzeichens ist nicht deshalb unbegründet,

[1] Daraus ergibt sich auch das Verhältnis von § 115 I 2, II B.G.B. zu § 32 F.G.G. Die zweite Vorschrift (§ 32) bezieht sich nur auf solche Fälle, in denen die Verfügung (der freiwilligen Gerichtsbarkeit) ungesetzlich ergangen war.

[2] Dies kann hier ebensowenig eingewendet werden, wie bei der Klage eines im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit bestellten Konkursverwalters oder andren Zwangsverwalters.

weil der Staatsakt vernichtbar ist. Erst die vollzogene Vernichtung kommt in Betracht.[1]

bb) Die Rückwirkung der eingetretenen Vernichtung einer in der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffenen Verfügung wird in mehreren gesetzlichen Vorschriften als ein sich von selbst verstehendes Prinzip angewendet. So in F.G.G. § 61 (63) bezüglich der Rechtsgeschäfte, die von oder gegenüber dem Volljährigen, der ungesetzlich unter vorläufige Vormundschaft gestellt war, in der Zeit vor der Aufhebung der Vormundschaft vorgenommen wurden; trotz B.G.B. § 114 kann ihre Wirksamkeit nicht in Frage gestellt werden.[2] So kann auch die Gültigkeit einer Verfügung, die der Erbe nach Anordnung der Nachlaßverwaltung entgegen dem § 1984 II 1 vorgenommen hat, nicht in Frage gestellt werden, wenn die Anordnung im Beschwerdewege vernichtet ist. Der frühere Inhaber eines Warenzeichenrechts kann „für die Zeit, in welcher ein Rechtsgrund für die Löschung früher bereits vorgelegen hat,[3] Rechte aus der Eintragung nicht mehr geltend machen."[4]

Aus der Rückwirkung würde an sich folgen, daß Dritte auch die in der Zwischenzeit erworbenen Rechte verlieren. Allein gerade diese Konsequenz ist durch das Gesetz in Anwendung unseres Grundsatzes ausgeschlossen, so daß es dann praktisch in den meisten Beziehungen so ist, als hätte die Aufhebung des Staatsaktes keine Rückwirkung (u. § 4).

## 2. Beschränkung der Rückwirkung bei Aufhebung von Staatsakten.

### § 4.

### a) Freiwillige Gerichtsbarkeit.

I. Ich wende mich nun zu der Führung des Beweises, daß unsere Rechtsordnung den Grundsatz hat, daß Dritte die Rechtsstellung, die sie auf Grund eines konstitutiven Gerichtsbarkeitsaktes erlangt

[1] Das zeigt besonders § 12 II des Warenzeichengesetzes („im Falle der Löschung", d. h. nachdem die Löschung erfolgt ist). (Vgl. u. Note 4.) Daß es auch bei Patenten gilt, wird überwiegend anerkannt, auch von solchen, die der Patenterteilung nur deklarative Bedeutung beilegen (so z. B. von Gierke D.Pr.R. 1 880[105]).

[2] Dies entspricht genau dem, was § 115 I 1 B.G.B. hinsichtlich der erfolgreichen Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses bestimmt (o. S. 26).

[3] In den für unsere Untersuchung in Betracht kommenden Fällen ist dies die Zeit von der Eintragung an.

[4] Deutlicher als durch diese Vorschrift des § 12 II des Warenzeichengesetzes kann die Rückwirkung und ihre Bedeutung nicht gemacht werden.

haben, nicht dadurch verlieren, daß dieser vernichtet wird. Hierbei gehe ich von der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus, weil wir hier eine generelle Vorschrift haben. Der § 32 F.G.G.[1] bestimmt:

„Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer (empfangsbedürftigen) Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß."

1. Der Inhalt dieser bedeutsamen Vorschrift ist so klar und so prinzipiell gefaßt, daß zu ihrer Erläuterung kaum etwas gesagt zu werden braucht.[2] Während in andren Bestimmungen des Gesetzes[3] die Konsequenz der Rückwirkung gezogen wird, wird sie hier so außerordentlich eingeschränkt, daß sie in den praktisch bedeutsamsten Fällen beinahe preisgegeben ist und es sich erklärt, wie man dazu kommen konnte, der Aufhebung in unseren Fällen die Rückwirkung abzusprechen.[4] Der Zweck dieser weittragenden Ausnahmebestimmung liegt auf der Hand. Dritte, deren Rechtslage sich auf Grund des durch die Verfügung geschaffenen Rechtszustandes umgestaltet hat, werden geschützt durch eine Rechtsvorschrift, die auf das engste mit der Wirkung jener konstitutiven Verfügungen zusammenhängt. Sie werden geschützt nicht wegen guten Glaubens, sondern einfach deshalb, weil der durch die staatliche Autorität geschaffene Rechtszustand für den Dritten schlechthin maßgebend war und die Vernichtung der vor seiner Aufhebung erworbenen Rechtsstellung ebenso ungerecht wie schädlich für die staatliche Autorität wäre. Man denke nur an eine Kündigung, die ein Dritter an einen gesetzlichen Vertreter gerichtet hat und die er nur an ihn richten konnte, weil dem Gegner selbst die volle Geschäftsfähigkeit (B.G.B. §§ 1906, 114) oder das Verwaltungsrecht (§ 1984 I 1) entzogen war. Wohin sollte es führen, wenn diese Kündigung oder eine Klage nachträglich zusammenfallen könnten, weil das Gericht sich geirrt hat! Die Kündigung oder Klage oder Exekution des bestellten Vertreters oder Verwalters mußte der

---

[1] Für die Geschäfte der G.O. gilt der § 32 nicht (arg. § 1 F.G.G.). Die analoge Anwendbarkeit kommt aus dem in § 3 S. 27 f. angegebenen Grunde nicht in Frage.

[2] Über die prinzipielle Frage, wie die Beschränkung der Rückwirkung zu erklären ist, vgl. o. § 2 bes. S. 6, 11 f. Die Folge der in § 32 F.G.G. für Rechtsgeschäfte ausgesprochenen Grundsätze ist, daß auch die Prozeßhandlungen eines gesetzlichen Vertreters nicht deshalb in Frage gestellt werden können, weil er mit Unrecht bestellt sei oder weil seine Bestellung vernichtet sei (Hellwig Lehrb. 2 381 f.).

[3] F.G.G. §§ 61, 63, vgl. o. S. 31.

[4] Vgl. o. S. 19[3].

Gegner über sich ergehen lassen, und dieser mußte sie an den gesetzlichen Vertreter richten. Und diese Akte sollten hinfällig werden können? Das Gesetz beschränkt aber die Rückwirkung nicht nur bei einseitigen Rechtsgeschäften, sondern schützt auch diejenigen, auf die sich der andere Teil freiwillig einließ. Das entspricht ebenfalls dem allgemeinen Interesse. Denn in der Regel handelt es sich um die Verwaltung von Vermögen,[1] die verwaltungslos sein würden, wenn die Dritten sich nicht auf die Wirksamkeit des Staatsaktes verlassen dürften.[2] — Das Gesetz spricht nur von Rechtsgeschäften. Aber dies ist zu eng. Knüpft sich an eine andre Handlung oder Unterlassung eines zu Unrecht bestellten Vertreters eine Rechtswirkung, so bleibt diese ebenfalls bestehen. So haftet der Vertretene, wenn der mit Unrecht bestellte Vertreter ein Tier anschaffte,[3] nach § 833 B.G.B. So entsteht eine Nachlaßverbindlichkeit, wenn der mit Unrecht bestellte Nachlaßverwalter die Gefahren des Glatteises vor dem Nachlaßhause nicht beseitigte und dadurch ein Schaden entstand.[4]

2. Das direkte Anwendungsgebiet dieser bedeutsamen Vorschrift (§ 32 F.G.G.) sind nur die Verfügungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch Reichsgesetze den Gerichten übertragen sind.[5] In dieser Beziehung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die früheren Erörterungen (S. 27—29) verwiesen.[6] Nur auf einen Punkt muß hier noch besonders hingewiesen werden. Er betrifft die Bestellung eines Vormundes. Ist diese geschehen, obwohl die gesetzliche Voraussetzung dafür fehlt,[7] so tritt ihre Wirkung (also

[1] Handelt es sich um familienrechtliche Angelegenheiten (z. B. B.G.B. § 1308), so liegt die Unerträglichkeit der Rückwirkung noch mehr auf der Hand.

[2] Weiß der Dritte, daß die Vernichtung der Verfügung bevorsteht, so können die Umstände so liegen, daß in dem Abschlusse des Vertrags eine dolose Benutzung der nur vorübergehenden Legitimation zu erblicken ist. Dann hilft B.G.B. § 138 I.

[3] Nur die Konsequenz der Ausschließung der Rückwirkung auf den Dritten ist, daß der Eigentumserwerb, den der Vertreter für das von ihm verwaltete Vermögen gemacht hat, nicht rückgängig wird.

[4] Die Notwendigkeit, in dieser Weise die im Gesetz enthaltene Lücke auszufüllen, wird dadurch bestätigt, daß zweifellos im Sinne des Textes zu entscheiden ist, wenn ein Konkursverwalter bestellt ist (K.O. § 59 No. 1 mit B.G.B § 31). Vgl. u. S. 43 f.

[5] F.G.G. § 1. Der § 32 gilt aber auch dann, wenn das Geschäft einer andren Behörde statt des Gerichts übertragen ist (F.G.G. § 194).

[6] Daß die unrechtmäßig (zu früh, ohne Einwilligung des Minderjährigen) geschehene Volljährigkeitserklärung hierher gehört, erkennt auch Planck, Erl. 5 zu § 3 an. Die Volljährigkeitserklärung tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit (F.G.G. § 56). Trotzdem ist noch eine Aufhebung möglich (oben § 3 1). Der § 32 F.G.G. kommt nur in Betracht, wenn diese eingetreten ist (o. S. 30 aa).

[7] Anders ist es, wenn jemand zum Vormund bestellt ist, dem die Fähigkeit, Vormund zu sein, fehlt (B.G.B. § 1780 im Gegensatz zu § 1781). Wie das Amt des

namentlich die Vertretungsbefugnis des Vormundes) trotzdem ein, und der § 32 F.G.G. kommt hier dann zur Anwendung, wenn die Bestellung als ungerechtfertigt aufgehoben (vernichtet) ist.[1]

Der § 32 F.G.G. bezieht sich direkt nur auf die Bestellungen von Vormündern und Pflegern, welche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschehen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß die entwickelten Grundsätze auch dann gelten, wenn der (gesetzliche) Vertreter vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts (§§ 57/8 Z.P.O.) bestellt worden ist.[2]

3. Das gleiche Bedürfnis dafür, daß dritte Personen sich auf die Gültigkeit eines konstitutiven Staatsaktes verlassen dürfen, ist vorhanden, wenn er in der Verleihung der Rechtspersönlichkeit besteht. Würde eine gesetzliche Bestimmung fehlen, so müßte — dies ist zuzugestehen — die Frage, ob de lege lata diesem Bedürfnis genügt ist, als sehr zweifelhaft betrachtet werden. Der Grund des Zweifels liegt darin, daß es an sich nicht ganz gewiß ist, ob die Verleihung eine für sich wirkende konstitutive Verfügung der Staatsgewalt (o. S. 27) ist. Ist es zu bejahen, so sind alle Bedingungen für eine analoge Anwendung des § 32 F.G.G. vorhanden; ist es zu verneinen, so entfällt von vornherein diese Möglichkeit. Diese Zweifel werden aber zerstreut durch Vorschriften, die sich allerdings nur auf gewisse Arten von juristischen Personen beziehen, aber mit einer Besonderheit derselben nicht zusammenhängen, sondern nur daraus zu erklären sind, daß in der Tat unserem Reichsrechte bezüglich der Natur des Verleihungsaktes der bereits oben (S. 29) behauptete Rechtsgedanke zugrunde liegt.[3] — Nach H.G.B. § 311 I „finden, wenn die Nichtigkeit einer (für nichtig erklärten) Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist,[4] zum Zwecke der Abwickelung ihrer Ver-

---

Vormunds sofort beendigt wird, wenn ein solcher Grund nachträglich eintritt, so fehlt ihm auch die Eigenschaft eines Vormunds, ist also die Bestellung nicht vernichtbar, sondern sofort nichtig, wenn die Fähigkeit von vornherein fehlt. Das ist kein Widerspruch. Hier handelt es sich um Tatsachen, die man stets im Verkehr auf eigene Verantwortung prüfen muß, weil man sie — nach der Auffassung des Gesetzes — selbst prüfen kann.

[1] Also nicht in den o. S. 30, β besprochenen Fällen des § 115 B.G.B.

[2] So auch R.G. in J. W. Schr. 1905 S. 332 No. 14. Vgl. mein Lehrb. 2 382[8].

[3] Von sekundärer Bedeutung für unsere spezielle Frage ist die Konstruktionsfrage, ob man anzunehmen hat, daß die „nichtige" Aktiengesellschaft bis zur Nichtigkeitserklärung existiert, oder ob sie zwar nicht existiert, aber als existierend zu behandeln ist.

[4] Dies geschieht erst, nachdem entweder das die Vernichtung aussprechende Urteil („Nichtigkeitserklärung") rechtskräftig geworden ist (§ 309 H.G.B.) oder nachdem das Registergericht von Amtswegen die Gesellschaft „als nichtig gelöscht hat" (F.G.G. § 144). Über die Konkurrenz der Wege vgl. mein Lehrb. 1 § 12[60].

hältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung."[1] Damit ist das Prinzip ausgesprochen. Es bedeutet, daß trotz des dem Gründungsakt anhaftenden wesentlichen Mangels (§ 309) die Aktiengesellschaft berechtigt worden ist. Sie wurde Eigentümerin der ihr übertragenen Sachen und Gläubigerin gegenüber denjenigen, in deren Person ein Verpflichtungsgrund eintrat. Denn sonst könnte nicht von einer Liquidation die Rede sein. Daraus folgt aber bereits notwendig, daß auch vor der Nichtigkeitserklärung diese Rechte der Gesellschaft gehörten und daß ihrer Geltendmachung die Vernichtbarkeit noch weniger entgegengesetzt werden kann, als die eingetretene Vernichtung. Danach ist bereits aus § 311 II sicher zu schließen, daß „die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die (eingetragene!) Nichtigkeit nicht berührt wird". Diese Vorschrift (§ 311 II) ist überflüssig und darf keinesfalls zu der Annahme verleiten, daß unerlaubte Handlungen Dritter oder der Gesellschaftsorgane keine Wirkung gegenüber der Gesellschaft hätten.[2] Der § 311 III dagegen enthält eine Besonderheit in der Vorschrift, daß die Gesellschafter ihre Einlagen soweit leisten müssen, als es zur Erfüllung der Verbindlichkeiten erforderlich ist.[3] Die Besonderheit liegt darin, daß hier — im Interesse der Gläubiger — die Rückwirkung auch gegenüber Nichtdritten eingeschränkt wird.[4]

Die gleichen Vorschriften finden sich bezüglich der Gesellschaften m. b. H. (R.G. v. 20. April 1892, §§ 75—77). Betrachtet man die Frage in dem dargelegten Zusammenhange, so ergibt sich, daß diese Grundsätze entsprechend auf andere juristische Personen anzuwenden sind (auch auf die Stiftungen).[5] Bezüglich der eingetragenen Vereine ist der Charakter der Löschung als einer in der Rückwirkung beschränkten Zurücknahme der Eintragungsverfügung schon aus § 159 F.G.G. in Verbindung mit § 142 und aus § 32 zu rechtfertigen.

4. Bei den Urheber- und Erfinderrechten (o. S. 29) kommt unser Grundsatz nicht zur Anwendung. Es könnte sich nur um die Frage

[1] Man beachte den gleichen Wortlaut in K.O. § 116 (u. S. 43).

[2] Vgl. dazu oben S. 33 nach Note 2.

[3] Diese Erleichterung haben sie nur nach der vollzogenen Vernichtung. Vorher können sie die Vernichtbarkeit nicht etwa einredeweise geltend machen. Dies kann nur durch Klage (§ 309) geschehen. Vgl. o. S. 30—31.

[4] In meinem Lehrb. 1 § 34[29] habe ich die Rückwirkung überhaupt geleugnet. Das ist nicht zutreffend. Im praktischen Endresultat ist es allerdings kaum anders.

[5] Das scheint auch die Meinung von KOHLER zu sein, indem er Lehrb. 1 422 fragt, ob der § 32 F.G.G. analog anzuwenden sei. — Auf die Frage, ob man den Gründern und Stiftern mit der Judikatur des R.G. (vgl. Bd. 57 S. 293) allgemein die Geltendmachung der Anfechtbarkeit ihres Verpflichtungsakts (gegenüber der juristischen Person) zu verschließen hat, kann hier nicht eingegangen werden. — Vgl. R.G. 5 140 f.

handeln, ob die Übertragung des Patentrechts (translativ oder konstitutiv) dem Erwerber eine Rechtsstellung gäbe, in der er gegen die Nichtigkeitserklärung geschützt wäre. Davon kann keine Rede sein.[1] Die Nichtigkeitserklärung erfolgt gegenüber dem jetzigen Patentinhaber. Gegen die Anfechtbarkeit des Patents wird er auch durch Gutgläubigkeit nicht geschützt.

II. Wie bereits früher (S. 17, 32 f.) dargelegt wurde, sind die Vorschriften über die Wirkung des guten Glaubens von unserem Grundsatz zu unterscheiden. In den Fällen, in denen der Glaube an einen Rechtszustand nur dann Wirkung hat, wenn dieser von einer Behörde als vorhanden **bezeugt** ist, ist es möglich, daß dieser Bezeugungsakt als mit Unrecht geschehen aufgehoben, also vernichtet wird, so z. B. indem auf Beschwerde hin die vom Nachlaßgericht verfügte Erteilung des Erbscheins oder die Verfügung eines Grundbucheintrags als gesetzwidrig kassiert wird.

Würde dies bedeuten, daß nun der Schein zerstört sei, als sei ein Erbschein erteilt oder ein Grundbucheintrag erfolgt, so müßten die Folgen der §§ 2366—67, 892—93 B.G.B. als nicht eingetreten gelten. Diese Konsequenz der Rückwirkung darf aber nicht gezogen werden. Die Rechtsstellung, die der Dritte auf Grund seines guten Glaubens erworben hat, bleibt bestehen, obwohl jene Staatsakte aufgehoben werden. Allgemein ausgesprochen ist dies nicht und aus § 32 F.G.G. ist es direkt nicht abzuleiten, weil jene Akte weder die Befugnis noch die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften gewährten.[2] Man würde das behauptete Resultat schon im Wege der Analogie rechtfertigen können. Daß es richtig ist, erhellt aber ganz sicher aus anderen Bestimmungen. Der § 892 B.G.B. macht die Wirkung des Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs einfach von der Tatsache abhängig, daß dieses einen (falschen) Eintrag enthielt. Ob dieser deshalb entstanden ist, weil das den Eintrag veranlassende Rechtsgeschäft nichtig war, oder ob das Grundbuchamt auf Grund des ihm vorliegenden Tatbestandes die Eintragung gar nicht hätte verfügen dürfen, ist irrelevant. Ebenso schließt der § 2366 die Wirkung des Glaubens an die Richtigkeit des Erbscheins nur dann aus, wenn der andre Teil die Unrichtigkeit des Scheins kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe aus dem Grunde der Unrichtigkeit verlangt hat. Das Gesetz unterscheidet nicht, weshalb die Rückgabe verlangt ist, insbesondere ob das Nachlaßgericht ihn von sich aus oder aut Grund der Entscheidung des Beschwerdegerichts verlangt hat. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die Vorschriften über den Glauben an die Richtigkeit der dem Erbschein gleich wirkenden Todeserklärung (§ 2370). Hier ist bestimmt,

[1] Hier ebensowenig, wie in den S. 38[3] besprochenen Fällen.

[2] Vgl. o. S. 27 f.

daß die Aufhebung der Todeserklärung dem Dritten nichts schadet, solange er sie nicht kennt (§ 2370 I). Wenn die Todeserklärung nachdauernde Wirkungen hat, nachdem sie vernichtet ist, muß sie um so mehr wirken, wenn die Vernichtung dem Rechtsgeschäfte erst nachfolgt.[1]

### b) Beschränkung der Rückwirkung der Aufhebung von Prozeßakten.

## § 5.

### α) Im allgemeinen. Zwangsvollstreckung und Beschlüsse.

I. Für den Beweis, daß der von uns behauptete Grundsatz auch in der streitigen Gerichtsbarkeit gilt, ist die Vorschrift des § 32 F.G.G. nicht direkt verwertbar. Die konstitutiven Akte der streitigen Gerichtsbarkeit ergehen prinzipiell zum Zwecke des Rechtsschutzes, d. h. zum Zwecke der Sicherung oder Verwirklichung von bestehenden Rechten, während die Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit prinzipiell einen „Rechtsstreit“[2] nicht voraussetzen. Für unsere Frage ist dieser Unterschied von keiner Bedeutung. Denn einmal ist die Abgrenzung, so zweifellos sie auch als Prinzip erscheint, bei der Verteilung der Geschäfte keineswegs streng festgehalten,[3] andererseits aber ist es gewiß, daß die Wirksamkeit der konstitutiven Entscheidungen der Prozeßgerichte[4] keineswegs davon abhängig ist, daß das Recht, das sie als bestehend voraussetzen, auch wirklich existiert. Sonach würden wir schon im Wege der Analogie zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß die Rückwirkung der Aufhebung von konstitutiven Akten der Prozeßgerichte vor den Rechten Halt macht, die von Dritten in der Zwischenzeit auf Grund der aufgehobenen Rechtslage erworben sind. Denn die Rechtslage ist, was die Schutzbedürftigkeit der Dritten einerseits und andrerseits die Stärke der staatlichen Befehlsgewalt und die Notwendigkeit, ihre Autorität auf-

[1] Die Todeserklärung ist ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit. Aber dieser Unterschied steht dem im Text gezogenen Analogieschluß nicht entgegen.

[2] Vgl. mein Lehrb. 1 41—42, 44 f., 75 f.

[3] Über wahre Rechtsstreitigkeiten, die im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit erledigt werden, siehe mein Lehrb. 1 80 No. 3a. Andrerseits wird bekanntlich vielfach das Entmündigungs- und Aufgebotsverfahren, bezüglich deren unser Grundsatz zweifellos gilt (S. 40, 45), seinem inneren Wesen nach der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeteilt.

[4] Ich habe hier und im folgenden unter ihnen nicht etwa den Gegensatz zu den „Vollstreckungsgerichten“ im Auge, sondern verstehe diese unter dem Ausdruck mit.

recht zu erhalten, anlangt, genau die gleiche. Verschieden ist allerdings das Verfahren gestaltet, aus dem die konstitutiven Staatsakte herauswachsen. In der streitigen Gerichtsbarkeit gilt die Offizialprüfung, die das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit charakterisiert (F.G.G. § 12), prinzipiell nicht. Aber daraus ist kein Grund gegen den Analogieschluß zu entnehmen. In der streitigen Gerichtsbarkeit liegt es dem Prozeßgegner — soweit sein Interesse in Frage kommt — ob, dieses in entsprechender Weise wahrzunehmen. Soweit dritte Interessenten in Frage kommen, bietet ihnen die Prozeßordnung Schutz, in dem sie zum Teil Offizialprüfung eintreten läßt[1] und das Recht der streitgenössischen Intervention gibt.[2]

II. Wir sind aber auf den Analogieschluß aus § 32 F.G.G. nicht angewiesen, sondern haben direkte Beweise für die Geltung des aufgestellten Grundsatzes. Allerdings ist er für die streitige Gerichtsbarkeit nicht in der generellen Weise ausgesprochen, wie in § 32 F.G.G. Aber er ist hier in einer großen Zahl von Fällen angewendet. Betrachtet man diese in dem Zusammenhange, in dem sie untereinander und mit dem in § 32 F.G.G. zum Ausdruck gelangten Rechtsgedanken stehen, so zeigt es sich, daß jene einzelnen Aussprüche zwar eine Ausnahme von der Regel der Rückwirkung enthalten, aber trotzdem zu verallgemeinern sind, weil sie auf einem allgemein gültigen Prinzipe beruhen, das für alle rechtsgestaltenden Staatsakte gilt.

III. Zwangsvollstreckung.

1. Die Aufhebung des durch Staatsakt geschaffenen Vollstreckungstitels (als ungerechtfertigt) hat zweifellos Rückwirkung inter partes (oben S. 23), aber ebenso sicher ist diese ihr versagt, soweit Dritte auf Grund der ausgeführten Vollstreckung[3] Rechte erworben haben. Dies gilt nicht nur, wenn das Urteil rechtskräftig war, sondern auch dann, wenn die Vollstreckung auf Grund eines für vollstreckbar erklärten Urteils oder auf Grund einer kraft Gesetzes vor Eintritt der Rechtskraft vollstreckbaren Entscheidung stattfand. Dies gilt sogar dann, wenn die Vollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde (Z.P.O. § 794 No. 5) stattfand und die Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber oder — kraft der Be-

[1] Z. B. im Ehe- und Entmündigungsverfahren, in der Zwangsvollstreckung (hinsichtlich der Prüfung der Vollstreckungsvoraussetzungen), insbesondere bei der Konkurseröffnung (K.O. § 75), bei dem Erlaß des Ausschlußurteils (Z.P.O. §§ 952 III, 968).

[2] Z.P.O. § 69, vgl. mein Lehrb. 2 485.

[3] Tritt der „Gläubiger" die Forderung, wegen deren er das Vollstreckungsrecht hat, ab, so ist der Erwerber aus dem Grunde, daß jener das Vollstreckungsrecht hatte, nicht mehr geschützt, als er ohne dieses sein würde. Die Aufhebung des Urteils wirkt gegen den Zessionar selbst dann, wenn dieses rechtskräftig war. Vgl. dazu o. S. 23[4].

stimmung des § 797 Z.P.O. — durch den Notar erteilt war.[1] Wer bei der vom Gerichtsvollzieher abgehaltenen Versteigerung das Pfand erworben hat, ist nicht etwa nur auf Grund guten Glaubens[2] geschützt, wenn das den Titel bildende Versäumnisurteil unrechtmäßig war und aufgehoben wird, sondern einfach deshalb, weil die vollstreckbare Ausfertigung den Gerichtsvollzieher schlechthin zur Versteigerung berechtigte und verpflichtete.[3]

Ausgesprochen (im Gesetz) ist dieser Grundsatz nicht. Aber er ist auch, soviel ich sehe, noch niemals auch nur bezweifelt worden. Er liegt als sich von selbst verstehend der besonderen Vorschrift des § 836 II Z.P.O. zugrunde. Dieser findet Anwendung, wenn der Überweisungsbeschluß (§ 835) „mit Unrecht erlassen ist". Das ist im Sinne dieser Vorschrift nicht etwa der Fall, wenn die Verurteilung mit Unrecht erlassen ist,[4] sondern nur dann, wenn das Vollstreckungsgericht den Überweisungsbeschluß erlassen hat, obwohl eine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung fehlte[5] oder die Pfändung selbst nicht oder nicht gehörig ausgeführt wurde[6] oder wenn der Überweisungsbeschluß eine ihrer Art nach unpfändbare Forderung betraf. Der Drittschuldner darf sich also schlechthin an den ihm zugestellten Überweisungsbeschluß (§ 835 III mit § 829 III) halten;[7] er braucht es ebensowenig, wie der Drittschuldner im Falle des § 409 B.G.B., falls eine gültige Abtretung fehlt. — Hiernach betrifft der § 836 II die hier erörterte Frage nach der Wirkung, die die Aufhebung des Titels auf die Vollstreckung hat, nicht direkt. Aber wenn das Gesetz vorschreibt, daß sogar der mit Unrecht erfolgte

---

[1] Vgl. dazu o. S. 26. Aufhebung der vom Gerichtsschreiber erteilten Vollstreckungsklausel: Z.P.O. §§ 732, 768.

[2] Dieser kommt in Betracht, wenn die versteigerte Sache nicht dem Schuldner gehörte.

[3] Umgekehrt ist der Ersteher eines Grundstücks gegen die Gefahr geschützt, die ihm nach dem Regelrecht droht, wenn das Eigentum, über das der Zuschlag verfügt, nicht dem Vollstreckungsschuldner zustand (Z.V.G. § 90), nicht aber gegen die Gefahren, die daraus entstehen, daß der Zuschlag ungesetzlich erteilt ist (Z.V.G. §§ 90, 130). Er muß damit rechnen, daß auch der rechtskräftige Zuschlagsbeschluß noch anfechtbar sein kann (Z.P.O. § 577 I 2). Die Aufhebung des Titels, auf Grund dessen vollstreckt ist, berührt auch den Ersteher eines Grundstücks nicht.

[4] Hierauf kann auch der Drittschuldner sich nicht berufen. Er muß zahlen, obgleich er weiß, daß der Verurteilte nichts schuldet und freigesprochen werden wird.

[5] Z. B. die vollstreckbare Ausfertigung (§ 724) oder die Zustellung (§ 750). Vgl. ferner §§ 751—52, 765.

[6] Z. B. von einem unzuständigen Gericht oder nach § 829 statt nach § 831.

[7] Auf eine Wechsel- oder Inhaberforderung oder auf einen Anspruch aus einer Briefhypothek zahlt er auch dann nur mit Sicherheit (gegenüber gutgläubigen Erwerbern), wenn ihm das Papier ausgehändigt wird.

Beschluß dem Drittschuldner gegenüber bis zu seiner Aufhebung als rechtsbeständig gilt und wenn der Drittschuldner sogar noch darüber hinaus geschützt ist, solange er die Aufhebung nicht kennt,[1] so folgt hieraus mit absoluter Sicherheit, daß er nicht nochmals zu zahlen hat, wenn nach richtig erfolgter Pfändung der Vollstreckungstitel vernichtet wird. Das ist der Grundsatz, dessen Beweis zu führen war.

2. In den bisher erörterten Beispielen handelt es sich um äußere Vollstreckungsmaßregeln. Unser Grundsatz gilt aber auch da, wo sich die Rechtsverwirklichung ohne solche vollzieht. Ich meine den Fall, daß der Schuldner zu einer Leistung verurteilt ist, zu deren Erbringung die Abgabe einer Willenserklärung gehört (§§ 894/6). Ist die Abtretungserklärung durch rechtskräftige Verurteilung zur Abtretung ersetzt und wird das Urteil vernichtet, so wird zwar der Gläubiger so behandelt, als habe er das Forderungsrecht niemals erworben,[2] aber diese Rückwirkung tritt nicht ein gegenüber dem Drittschuldner, der mit dem Gläubiger ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.[3] Ich habe dieses Beispiel deshalb noch angeführt, weil das Urteil des § 894 Z.P.O. vielfach als konstitutives Urteil aufgefaßt wird. Wäre dies richtig,[4] so hätten wir bereits einen Fall, in dem die Rückwirkung auch vor den Rechten Halt macht, die auf Grund eines aufgehobenen Gestaltungsurteils entstanden waren.

IV. Bei andren konstitutiven Beschlüssen der Prozeßgerichte ist unser Grundsatz mehrfach ausgesprochen.

1. Die rückwirkende Kraft der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses hat zu der Vorschrift des § 115[II] B.G.B. geführt.[5] Ihre uns hier interessierende Beschränkung bestimmt das Gesetz in § 115[I 2]: „Auf die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte hat die Aufhebung keinen

---

[1] Nur in dieser letzten Beziehung kommt es auf den guten Glauben an, nicht aber für die Rechtsgeschäfte, die er vor der Aufhebung vorgenommen hat.

[2] Die entgegengesetzte Ansicht (Hachenburg, Vorträge (2) 245, m. Anspr. u. Klagr. 451—52) kann aus der Fiktion des § 894 nicht hergeleitet werden.

[3] Aber die Rückwirkung hat zur Folge, daß der Drittschuldner nach B.G.B. § 816 I, 2, II zu behandeln ist, wenn der Gläubiger ihm die Schuld schenkungsweise erlassen hat, ferner auch, daß der Schuldner im Konkurse des Gläubigers auch dann als Aussonderungsberechtigter auftreten kann, wenn die Aufhebung des rechtskräftigen Urteils erst nach der Konkurseröffnung erfolgt. Bis zum Rückfall der Forderung kann der Schuldner sich durch eine einstweilige Verfügung helfen (Veräußerungsverbot an den Gläubiger bezw. den Konkursverwalter).

[4] Ich glaube dies nicht, vgl. m. Anspr. u. Klagr. § 57 (S. 445 f.), Lehrb. 1 47 Note 23, 232 Note 4.

[5] Vgl. o. S. 26.

Einfluß."[1] Würde die Rückwirkung, die die Vernichtung des Entmündigungsbeschlusses hat, ohne Einschränkung durchgeführt, so würde sich ergeben, daß die Voraussetzung, an die das Gesetz die Bestellung eines Vormunds knüpft (B.G.B. § 1896), als nicht vorhanden gewesen anzusehen wäre. Dieses unmögliche Resultat hat offenbar ausgeschlossen werden sollen. Man hat hierbei aber wohl übersehen, daß im § 1896 als Voraussetzung für die Bestellung eines Vormunds (über einen Volljährigen) nicht etwa die unanfechtbare Entmündigung, sondern lediglich die Entmündigung aufgestellt ist. Daraus ergibt sich, daß der Erlaß des Entmündigungsbeschlusses unter allen Umständen die Bestellung rechtfertigt und daß die Aufhebung der Entmündigung (infolge Anfechtung) nach § 1897 B.G.B. in Verbindung mit § 1882 nur einen Grund für die Beendigung der Vormundschaft ex nunc bildet.[2] Demnach können schon aus diesem Grunde die Handlungen des Vormunds weder vor noch nach der Beendigung der Vormundschaft in Frage gestellt werden.[3] Jedenfalls erscheint die Vorschrift des § 115[1][2] B.G.B. völlig überflüssig, wenn man sie in Verbindung mit dem (später erlassenen) F.G.G. § 32 betrachtet. Denn sogar bei einer wirklich mit Unrecht geschehenen Bestellung eines Vormunds bleiben seine Rechtsgeschäfte in Kraft, wenn seine Bestellung vernichtet ist. Aus denselben Gründen ist der § 115 II hinsichtlich des Vormunds jetzt völlig überflüssig und spielt in unserer Beweisführung, soweit sich diese mit der streitigen Gerichtsbarkeit befaßt, keine entscheidende Rolle. Denn auf jeden Fall beruht die Legitimation des Vormunds direkt nicht auf einem Akt der streitigen Gerichtsbarkeit, sondern auf der Bestellung durch das Vormundschaftsgericht. Die wirkliche Bedeutung des § 115 liegt in der Vorschrift, die hinsichtlich des Bevormundeten gegeben ist und die strikte Durchführung der rückwirkenden Vernichtung der Entmündigung enthält (oben S. 26).

2. Eine ausdrückliche Vorschrift enthält die K.O. für den Fall, daß der Konkurseröffnungsbeschluß als von vornherein ungerechtfertigt aufgehoben wird. Das Gesetz unterscheidet eine solche Aufhebung scharf von der Aufhebung des Konkursverfahrens, die auf Grund eines Zwangsvergleichs ergeht (K.O. § 190), und von der Auf-

[1] Der § 115 stand als § 613 II in der alten Z.P.O., wurde aber durch die II. Kommission als angeblich materiellrechtliche Vorschrift in das B.G.B. aufgenommen (Protokolle der II. Komm. 1 68). Gewiß hat sie materiellrechtliche Bedeutung, aber diese ist nur die Konsequenz unseres publizistischen Grundsatzes.

[2] Also nicht einen Grund für die Aufhebung der Bestellungsverfügung.

[3] Daß man den § 115 I 2 im Gesetz belassen hat, erklärt sich wohl daraus, daß man die Vorschrift in Z.P.O. § 613 (alt) vorfand (o. Note 1), und auf einer überspannten Vorstellung von der Rückwirkung, die man beschränken zu müssen glaubte.

hebung, die das Gesetz technisch als „Einstellung des Verfahrens" bezeichnet (§§ 202f.).[1] In diesen beiden Fällen wirkt die Aufhebung ex nunc; sie geschieht deshalb, weil es nicht **mehr** gerechtfertigt ist, das Konkursverfahren weiterzuführen.

Hier ist die Wirkung ganz klar. Durch die Konkurseröffnung hatte der Gemeinschuldner nicht die (persönliche) Fähigkeit zur Verwaltung der Konkursmasse verloren, sondern das Recht der Verwaltung[2] war ihm genommen und wurde von nun an vom Konkursverwalter ausgeübt. Folglich bestimmten seine Verwaltungshandlungen den Bestand und die rechtliche Lage der Konkursmasse; aus seinen Rechtsgeschäften und auch aus den Handlungen, die er in Ausübung der ihm als Verwalter zustehenden Verrichtungen unerlaubterweise vornahm oder unterließ, entstanden Verbindlichkeiten der Masse.[3] Durch die Aufhebung des Konkurses „erhält der Gemeinschuldner die Befugnis, über die Konkursmasse frei zu verfügen, zurück" (K.O. §§ 192, 206 I).[4] Die Konkursmasse tritt wieder in seine Verwaltung, und zwar in der Verfassung, die das Sondervermögen unter der Verwaltung des Konkursverwalters erhalten hat.

Prinzipiell anders ist es, wenn der Konkurseröffnungsbeschluß aufgehoben wird. Er hat bestimmte Voraussetzungen, unter denen er erlassen werden darf. Aber ihr Vorhandensein ist nicht Bedingung seiner Wirksamkeit. Er ist ein konstitutiver Rechtsakt und wirkt, sobald er erlassen wird, sofort sowohl nach der negativen Seite hin (Entziehung des Verwaltungsrechts) als auch in positiver Richtung (Übertragung der Verwaltung auf den Verwalter). Er wirkt so auch dann, wenn das Gericht die Konkursvoraussetzungen[5] mit Unrecht als vorhanden angenommen hatte. Ebenso ist die Vernichtung des Eröffnungsbeschlusses ein konstitutiver Rechtsakt. Sie hat rückwirkende Kraft, so daß es prinzipiell so angesehen wird, als sei der Konkurs nicht eröffnet worden.[6]

---

[1] Einen weiteren Fall der Einstellung schafft das Priv.Vers.G. v. 12. Mai 1901 § 75 I 4. Hier liegt wahre Einstellung, nicht (rückwirkende) Aufhebung vor (arg. § 68 I 3). A. M. JÄGER Erl. 11 zu § 103 K.O.

[2] Über den engeren und weiteren Sinn des Begriffs der Verwaltung siehe o. S. 14[4].

[3] K.O. § 59 No. 1 mit B.G.B. §§ 31, 86 I 1.

[4] Genauer: Das Verwaltungsrecht kehrt zu ihm zurück, worin eine besondere Art der Rechtsnachfolge — eine restitutive — liegt (so auch R.G. 53 S. 10).

[5] Daß die Masse mindestens die Kosten deckt, ist nicht Konkursvoraussetzung im Sinne des Textes (K.O. §§ 107, 204).

[6] PLANCK (o. S. 25[5]) würde hier in Konsequenz seiner Auffassung wieder sagen müssen, nun sei der Schein, als habe ein Konkursverfahren geschwebt, zerstört. Wirklich wird gesagt: „Die Folgen der Konkurseröffnung erweisen sich nun rückwärts als nicht eingetreten" (FITTING, Konkursrecht (3) 359); „es ... hat keine Konkursgläubiger gegeben" (FÖRSTER-ECCIUS, Pr.Pr.R. 1 812); „die capitis demi-

Eine Folge dieser Rückwirkung ist es, daß Verfügungen, die gemäß § 7 K.O. während des Konkurses im Interesse der Konkursgläubiger („gegenüber den Konkursgläubigern") unwirksam waren, mit rückwirkender Kraft gültig werden,[1] daß Vollstreckungen, die entgegen dem § 14 K.O. zugunsten eines Gläubigers stattgefunden haben, aus diesem § 14 nicht mehr beanstandet werden können, daß die Aktiengesellschaft oder offene Handelsgesellschaft als nicht aufgelöst gilt, daß eine Klage, die der Gemeinschuldner erhoben hatte, nicht deshalb beanstandet werden kann, weil ihm das Prozeßführungsrecht bei der Klageerhebung fehlte, ferner aber auch, daß der Schuldner nicht bestraft werden kann, wenn Voraussetzung der Strafbarkeit seiner Handlung die Konkurseröffnung ist,[2] daß eine Wahl, bei der er mitgewirkt hat oder in der er gewählt ist, nicht aus dem Grunde der Konkurseröffnung beanstandet werden kann usw.

Aber diese Rückwirkung erleidet sehr erhebliche Einschränkungen. Sie findet nicht statt, soweit Dritte auf Grund der durch die Konkurseröffnung hergestellten Rechtslage eine Rechtsstellung erworben haben, die ihnen verloren ginge, wenn die Rückwirkung durchgeführt würde. Dieser unser Grundsatz ist zwar nicht in dieser Allgemeinheit in der K.O. ausgesprochen, aber er liegt dem § 116 K.O. zugrunde. Hier ist bestimmt, daß bei Vernichtung des Eröffnungsbeschlusses „der § 191 entsprechende Anwendung findet". Das heißt: der Verwalter hat ebenso wie nach Bestätigung des Zwangsvergleichs „die Masseansprüche aus der Konkursmasse zu berichtigen" bezw. sicherzustellen. Daß überhaupt Masseansprüche entstehen, ist nicht gesagt, sondern als selbstverständlich angenommen. Es ist eben eine Folge unseres zwar singulären, nichtsdestoweniger aber allgemein gültigen Prinzips der Beschränkung der Rückwirkung.

Wenn Masseansprüche entstehen, so ist damit anerkannt, daß die Verwaltungshandlungen des Konkursverwalters im vollen Umfange[3]

---

nutio des Schuldners ist nicht eingetreten" (JÄGER Erl. 11 zu § 109 K.O.). Vgl. R.O.H.G. 24 S. 42.

[1] Hat der Gemeinschuldner ein Gestaltungsrecht ausgeübt (z. B. gekündigt, gewählt, angefochten), so bleiben solche Rechtsgeschäfte unwirksam, weil sie gegen den Willen des Empfängers der Erklärung keine Pendenz vertragen (arg. B.G.B. §§ 111, 174, 180). Ebenso bleibt eine Prozeßhandlung, die der Gemeinschuldner in einem unterbrochenen Prozesse vorgenommen hat, dem Gegner gegenüber auch dann unwirksam, wenn die Eröffnung vernichtet wird.

[2] Vgl. auch R.G. in Strafs. 14 S. 289 f. (St.G.B. § 137 setzt lediglich eine formal gültige Pfändung voraus und wird durch Aufhebung der Pfändung nicht unanwendbar).

[3] Vgl. o. S. 33 nach Note 2, S. 35.

ihre Wirksamkeit behalten.[1] Es ist dies aber nicht eine Folge davon, daß „der die Eröffnung aufhebende Beschluß nicht das voraufgegangene Verfahren ex tunc vernichte, sondern es beendige",[2] sondern es ist eine Einschränkung der prinzipiell eintretenden Rückwirkung der Aufhebung. Wenn nun alle Verwaltungshandlungen des Verwalters wirksam bleiben, so folgt daraus, daß widersprechende Verfügungen, die der Gemeinschuldner in der Zwischenzeit getroffen hat, unwirksam bleiben.[3] Es geht also hier der jüngere rechtmäßig geschaffene Rechtszustand demjenigen, der infolge der Rückwirkung entstehen sollte, ebenso vor, wie im Falle des § 184 II B.G.B.[4] — Auch andere Einwirkungen, die der Eröffnungsbeschluß auf die Rechtslage von dritten Personen ausgeübt hat, fallen durch seine Aufhebung nicht zusammen. So dauert der Stillstand eines die Konkursmasse betreffenden Prozesses fort. Die Rückwirkung der Aufhebung bewirkt nicht etwa, daß die Prozeßhandlungen, die in der Zwischenzeit in einem anhängigen Verfahren vorgenommen sind, rückwärts als wirksam zu behandeln sind.[5] Vielmehr ist die Situation ebenso zu beurteilen, wie dann, wenn nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder bei Einstellung des Konkurses noch ein Prozeß anhängig ist.

## § 6.

### β) Aufhebung von Gestaltungsurteilen.

Ich wende mich nun zu dem Beweise, daß unser Grundsatz auch bei der Aufhebung von konstitutiven Urteilen gilt. In Beziehung auf sie ist er ausgesprochen:

I. für den Fall, daß ein Ausschlußurteil aufgehoben wird, das ein Inhaberpapier für kraftlos erklärt (= kraftlos gemacht) hat. Durch die Kraftloserklärung hat der siegreiche Antragsteller das Recht

---

[1] Das wird jetzt ziemlich allgemein anerkannt, so von Wolff Erl. 3 zu § 116 K.O., Jäger Erl. 11 zu § 109, Wilmowski (6) Erl. 1—3 zu § 116, Kohler Leitf. (2) 233.

[2] So argumentiert R.G. 36 S. 94, um schon unter dem alten Rechte zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen. Anders R.G. 39 S. 94 f.

[3] Beispiel: Eröffnung des Konkurses am 1. März, Aufhebung am 25. März. Am 3. März hat der Gemeinschuldner dem A eine Forderung abgetreten, am 10. März der Verwalter dem B. Hier bleibt die Abtretung an A unwirksam. Jäger Erl. 4 zu § 109 meint, daß die Zeitfolge der Vornahme entscheide. Dies beruht auf einer Verwechselung von Rückwirkung und Rechtsdeklaration (s. o. S. 42 Note 6).

[4] Vgl. o. S. 14. Die Situation ist von besonderem Interesse mit Rücksicht auf die Frage, ob die geschiedene Ehe wieder aufleben kann, wenn der Ehegatte sich verheiratet hat, ehe das Scheidungsurteil vernichtet wird. Helbig (o. S. 25 Note 6) 71 operiert mit dem Satze: prior tempore potior iure. Vgl. u. S. 51.

[5] Vgl. o. S. 43 Note 1.

erhalten, die Forderung trotz Fehlens des Papiers gegen den Aussteller geltend zu machen.[1] Durch die Vernichtung des Ausschlußurteils wird dieses Recht aufgehoben, und zugleich treten anderweit begründete Rechte aus dem Papier, die durch das Ausschlußurteil aufgehoben waren, wieder in Kraft: das alles zweifellos mit Rückwirkung. Aber diese wird insoweit nicht durchgeführt, als der Aussteller durch sie Schaden erleiden würde.

Das Gesetz regelt ausdrücklich nur den Fall, daß der Aussteller nach der Aufhebung eine „Leistung" (= Zahlung oder Aushändigung einer neuen Urkunde) an den Antragsteller bewirkt hat (Z.P.O. § 1018 II). Das Gesetz bestimmt, daß die Leistung ihn befreit, wenn er zur Zeit ihrer Bewirkung die Aufhebung nicht gekannt hat. Unkenntnis der Aufhebung wird verlangt, weil vorausgesetzt ist, daß die Leistung zu einer Zeit gemacht ist, zu der der Empfänger nicht mehr berechtigt war.[2]

Nicht geregelt ist der uns hier allein interessierende Fall, daß der Schuldner mit dem durch das Urteil legitimierten Antragsteller vor der Aufhebung ein Rechtsgeschäft geschlossen hat. Daß dieses durch die Vernichtung des Urteils seine Wirksamkeit noch viel weniger verliert, als in jenem vom Gesetz geregelten Falle, ist natürlich zweifellos. Er ist geschützt wegen unseres Grundsatzes, also deshalb, weil er an den Berechtigten gezahlt hat und weil er gar nicht in der Lage war, den Antragsteller mit Rücksicht auf die Anfechtbarkeit des Ausschlußurteils zurückzuweisen. Er mußte die durch konstitutiven Staatsakt geschaffene Rechtslage anerkennen. Dafür aber fällt die Wirkung der Rechtsgeschäfte auch nicht zusammen, wenn der Staatsakt vernichtet wird. Es handelt sich nicht um Schutz des guten Glaubens, sondern um einen viel weiter gehenden und schlechthin zur Anwendung kommenden Grundsatz. Er gilt auch nicht etwa nur für Leistungsgeschäfte.[3] Die Rückwirkung zeigt sich hier im Verhältnis des durch das Urteil mit Unrecht präkludierten Gläubigers zu dem Antragsteller. Letzterer haftet dem

---

[1] Vgl. o. S. 24[1], Z.P.O. § 1018 I, B.G.B. § 800. Es ist nicht verlangt, daß das Ausschlußurteil unanfechtbar geworden sei. — Vgl. auch o. S. 39.

[2] Der § 1018 II bezieht sich nur auf Leistungsgeschäfte, ist also enger als § 407 (412) B.G.B., der wegen des Glaubens an die noch vorhandene Berechtigung des bisherigen Gläubigers diesem gegenüber dem Schuldner die bloße Verfügungsmacht (nicht: die Verfügungsbefugnis) für alle Rechtsgeschäfte verleiht. Die Prozeßführungsmacht ist — im Gegensatz zu § 407 II B.G.B. — in § 1018 II Z.P.O. nicht erwähnt.

[3] Er gilt auch für die Prozeßführung des Antragstellers mit dem Schuldner. Schwebt der Prozeß über die Schuld noch, so ist der Anfechtungskläger berechtigt, ihn zu übernehmen. Vgl. dazu meine Rechtskr. 402[17].

Gläubiger, da dieser nunmehr so behandelt wird, als habe ein Nichtberechtigter über sein Recht verfügt (B.G.B. § 816[1]). War die Verfügung unentgeltlich, so haftet der Schuldner wegen des Vorteils, den er durch sie erlangt hat.[1 2]

II. Todeserklärung.

Direkt wird der zu beweisende Grundsatz angewendet in B.G.B. § 1348 II 2.

Die Todeserklärung begründet als solche nur eine Vermutung des Todes, bewirkt also, wenn der Verschollene noch lebt, keine Veränderung der vorhandenen Rechtszustände; sie gibt und nimmt keine Rechte, sondern setzt den zurückgebliebenen Teil nur in die Lage, die Rechte durchzusetzen, die ihm zustehen würden, wenn der Verschollene gestorben wäre. Die Todeserklärung ermöglicht ihm dies wegen der gesetzlichen Vorschrift, daß die Behauptung, der Verschollene sei gestorben, bis zum Beweis des Gegenteils als wahr angenommen werden muß.

1. Auf familienrechtlichem Gebiet ist mit diesem Grundsatz nicht auszukommen. Hier verleiht das Gesetz der Todeserklärung eine andre, und zwar materiell-rechtliche Bedeutung. Zu diesen Vorschriften[3] gehört auch der § 1348 I. Das Gesetz enthält nicht etwa nur die Vorschrift, daß der Standesbeamte auf Grund der Todeserklärung den Tod als erwiesen anzusehen habe, sondern es gibt dem zurückgebliebenen Teil auf Grund der Todeserklärung die Befugnis der Wiederverheiratung und gestattet dem Dritten, ihn zu ehelichen. Es macht, falls der für tot erklärte Ehemann noch lebte, die Entstehung des zweiten Eherechtsverhältnisses nur davon abhängig, daß nicht beide Ehegatten das Fortleben gewußt haben.[4]

---

[1] B.G.B. § 816 I 2. Abs. 2 enthält eine ganz überflüssige Wiederholung von Abs. 1 für alle die, die mit Z.P.O. § 829 I in der Einziehung eine Verfügung über die Forderung (Freigebung des Schuldners) sehen. Der Schuldner haftet nicht aus der untergegangenen Schuld, sondern deshalb, weil er von dieser durch die Verfügung einer Person befreit ist, die nun als nicht berechtigt behandelt wird.

[2] Analoge Situationen ergeben sich leicht, z. B. in den Fällen der §§ 1052, 1070, 2129 B.G.B. Solange die Bestellung des Verwalters in Wirksamkeit ist, gilt unser Grundsatz (F.G.G. § 32 findet nicht direkt Anwendung, da der Verwalter vom Vollstreckungsgericht bestellt wird); nach der Aufhebung — und erst dann — kommt die Unkenntnis in Betracht. Vgl. meine Rechtskr. 411 f.

[3] Vgl. auch u. S. 48.

[4] B.G.B. § 1348 I. — Exzeptionell ist das uns hier nicht interessierende Anfechtungsrecht des gutgläubigen Teils der zweiten Ehe (B.G.B. § 1350). Seine Gewährung ist eine Konzession an die Auffassung des katholischen Kirchenrechts, nach dem die Ehe ein unauflösbares Band ist und zu dem die Bestimmung des B.G.B. § 1348 II 1 in schneidenden Widerspruch getreten ist.

Die Gültigkeit der zweiten Ehe beruht auf der durch das Ausschlußurteil geschaffenen Rechtslage. Ist dieser Staatsakt vernichtet, so würde die Rückwirkung an sich dazu führen, daß die Situation so zu beurteilen wäre, als wenn eine zweite Ehe auf Grund einer für richtig gehaltenen Sterbeurkunde geschlossen wäre. Während aber die Unzuverlässigkeit von Beweismitteln auf das Risiko der Personen geht, die auf sie vertrauten, und während hier der Glaube an den nicht erfolgten Tod die zweite Ehe nicht vor der Nichtigkeit bewahrt, ist es ganz anders bei der Aufhebung der Todeserklärung. Die zweite Ehe ist gültig, obwohl der Verschollene noch lebte (§ 1348 I). Da aber niemand in zwei Ehen stehen kann, so „wird mit der Schließung der zweiten Ehe die frühere aufgelöst" (§ 1348 II 1),[1] aber „sie bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird" (§ 1348 II 2).

Gewiß ist dieser zweite Satz eine Ausnahmevorschrift. Aber er ist nur eine Ausnahme von der Regel der Rückwirkung, wie diese an sich allgemein gilt. Die Ausnahme beruht aber nicht auf spezifisch eherechtlichen Erwägungen, sondern ist nur eine Anwendung des zwar singulären, aber deshalb trotzdem allgemein gültigen Grundsatzes, mit dem wir uns beschäftigen. Bei der Beratung der Gesetzentwürfe dachten die Redaktoren zufällig an die Möglichkeit der Vernichtung der Todeserklärung. So gelangte die Vorschrift in den ersten Entwurf (§ 1464 II) und in das Gesetz. Die Motive (Bd. 4 S. 644) bezeichnen mit Recht das Ergebnis der durchgeführten Rückwirkung (daß die Voraussetzung für die Gültigkeit der neuen Ehe durch Aufhebung des Ausschlußurteils zerstört werden würde) als in hohem Maße bedenklich. Aber ganz unzulänglich sind die Gründe, die sie für die Ausschließung der Rückwirkung anführen. Was den Gesetzesverfassern ein instinktives richtiges Rechtsgefühl als notwendig erscheinen ließ, rechtfertigen sie nur dadurch, daß sonst der Bestand der einen oder andren Ehe von der Willkür eines jeden Dritten, der zu der Anfechtungsklage legitimiert sei, abhängen würde.

[1] Wie das Gesetz ganz zweifellos ergibt, ist die Auflösung der früheren Ehe lediglich die Folge der Gültigkeit der zweiten Ehe. Gerade umgekehrt ist die Auffassung von Planck Erl. 1 Abs. 1 zu § 1348. „Mit der Auflösung entfällt das Ehehindernis des § 1309 und damit die im § 1326 ausgesprochene Nichtigkeit". Damit wird m. E. die Sache geradezu auf den Kopf gestellt. „Mit", also nach Eingehung der Ehe soll das Ehehindernis wegfallen! Damit soll „die neue Ehe dem Verbot der Doppelehe entzogen" sein (Erl. 2 zu § 1348)! Nein! Die beiden Ehen stoßen aufeinander. Sie treffen zeitlich noch zusammen. Die Eingehung der zweiten Ehe ist gültig, obwohl sie gegen die §§ 1309, 1326 verstößt. Deshalb entgeht auch der zurückgebliebene Ehegatte nicht der Strafe der Bigamie, wenn er wußte, daß der Verschollene noch lebte (St.G.B. § 171).

Die Vorschrift des § 1348 II 2 B.G.B. ist von besonderer Wichtigkeit. Denn sie zeigt, daß das Gesetz mit der Ausschließung der Rückwirkung eines Aufhebungsurteils selbst da nicht Halt macht, wo es sich um eherechtliche Verhältnisse handelt. Das ist auch ganz konsequent. Denn wenn das Gesetz einmal die Erlaubnis gegeben hat, auf Grund des Staatsaktes (Todeserklärung) eine zweite Ehe zu schließen, so kann es diese Erlaubnis durch Aufhebung des Staatsaktes nicht kassieren, ohne seine eigene Autorität preiszugeben und mit einem Grundsatz in Widerspruch zu treten, der, wie gezeigt wurde, für die streitige Gerichtsbarkeit zwar nicht allgemein ausgesprochen ist, aber doch bei den verschiedensten Gelegenheiten als ein allgemein gültiger angewendet ist.

2. Weitere materiellrechtliche Folgen der Todeserklärung als solcher sind folgende. Ist sie erfolgt, so endigt die Verwaltung und Nutznießung mit dem Zeitpunkte, der als Todestag gilt.[1] Entsprechend ist es in den Fällen des § 1494 II (fortgesetzte Gütergemeinschaft) und der §§ 1544, 1549 (Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft), des § 1679 (Todeserklärung bezüglich des elterlichen Gewalthabers)[2], des § 1884 II (bezüglich des Mündels)[3] und des § 1885 II (bezüglich des Vormundes).

In allen diesen Fällen tritt die Wirkung ein, obgleich die Todeserklärung mit Unrecht ergangen ist. In den Fällen der §§ 1425, 1547, 1549, 1679 II gibt das Gesetz dem Lebenden ohne weiteres das Recht, die verlorene Rechtsstellung wiederzuerlangen. Dies wirkt aber nur ex nunc. Dritte sind also vollkommen geschützt.

Anders ist es, wenn die Todeserklärung infolge der Anfechtungsklage vernichtet wird. Dann lebt in allen Fällen die verlorene Rechtsstellung von selbst und mit Rückwirkung wieder auf, ohne daß die Ehefrau selbst sich etwa auf unseren Grundsatz berufen könnte.[4]

---

[1] § 1420. Man beachte die Rückwirkung, die in dem § 1420 ebenso enthalten ist, wie in den andren im Text zitierten §§. Das Recht „endigt" mit einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkte! Es ist so: Lebt der Mann noch, so endigt das Recht jetzt, aber es wird so angesehen, als wenn es schon zu der Zeit geendigt hätte, die (fälschlich) als Todeszeit festgesetzt ist. Zustimmungsbedürftige Verträge, die die Frau in der Zwischenzeit vorgenommen hat, konvaleszieren also. Aber keineswegs werden die einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte, die sie in der Zwischenzeit vorgenommen hat, wirksam (jedenfalls nicht, wenn der Dritte sie zurückwies). Es wird eben nicht nur „klargestellt", daß die jetzt eintretende Endigung des Rechtes des Mannes schon früher eingetreten sei. Vgl. § 1974 I 2.

[2] Vgl. dazu § 1684 I No. 2 mit Abs. 2 („beginnt" mit der Vergangenheit!) und Note 1.

[3] Hier fehlt die Rückwirkung. War das Mündel früher gestorben, so war der Vormund in der Zwischenzeit Verwalter seines Nachlasses.

[4] Sie ist keine dritte, sondern die unmittelbar von dem Staatsakt betroffene Person.

Wohl aber kommt dieser allen dritten Personen gegenüber zur Anwendung. So bleibt z. B. die Wirkung aller Rechtsgeschäfte bestehen, die von oder gegenüber der Ehefrau vorgenommen sind. Sie hat auf Grund des § 1426 bis zur Rechtskraft des Urteils, das die Todeserklärung aufhob, in Gütertrennung gelebt. Dies bleibt Dritten gegenüber maßgebend, obwohl bei voller Durchführung der Rückwirkung es so anzusehen wäre, als sei die Gütertrennung nicht eingetreten. Die eingetretene Gütertrennung bleibt ihnen gegenüber maßgebend nicht etwa, wenn und weil sie in gutem Glauben waren, sondern deshalb, weil Dritte die Rechtslage anerkennen mußten und deshalb auch anerkennen durften, die durch den Staatsakt der Todeserklärung und den daran anknüpfenden Gesetzesbefehl (§ 1426 B.G.B.) geschaffen war.[1]

Ausgesprochen ist dies hier nicht, aber es ist speziell für unseren Fall aus dem dem § 1348 II 2 zugrunde liegenden Prinzip zu schließen und wird bestätigt dadurch, daß sogar die Rechtslage erhalten bleibt, die durch den Glauben an die Richtigkeit und den Fortbestand einer Todeserklärung gemäß § 2370 geschaffen ist.[2]

III. Urteile im Wiederaufnahmeverfahren.

Aus den Erörterungen über die konstitutive Wirkung, welche die Todeserklärung in den unter II besprochenen Situationen auch dann behält, wenn das Urteil vernichtet wird, ist meines Erachtens bereits mit Sicherheit zu schließen, daß wir unseren Grundsatz auch bei anderen konstitutiv wirkenden Urteilen anzuwenden haben, wenn sie im Wege der Wiederaufnahmeklage rezindiert werden.

1. Ich nehme als Beispiel ein Urteil, welches das Verwaltungsrecht des Ehemannes aufgehoben hat (B.G.B. § 1418). Hat auf Grund der so hergestellten Rechtslage die Ehefrau, als nunmehr in Gütertrennung lebend (B.G.B. § 1426), Verwaltungshandlungen vorgenommen, so bleiben die Wirkungen, die durch jene Handlungen gegenüber Dritten herbeigeführt sind, unberührt, wenn jenes Urteil im Wiederaufnahmeverfahren kassiert wird. Das gilt sowohl von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften — die §§ 1395/99 B.G.B. sind nicht anwendbar —, als auch bei ihrer Prozeßführung: § 1400 bleibt außer Betracht, vielmehr ist § 1407 No. 1 entsprechend anzuwenden. Die Rückwirkung macht sich nur im internen Verhältnisse der Ehe-

[1] A. M. Planck Erl. 3 zu § 1420 mit der (von seinem Standpunkt unabweislichen) Konsequenz, daß wegen § 1404 B.G.B. ein guter Glaube der Dritten nicht in Frage kommen kann. Die ganze Unerträglichkeit des von uns bekämpften Standpunkts tritt hier besonders scharf zutage.

[2] Vgl. o. S. 36. Schmidt-Habicht Erl. 4a zu § 1420 wollen den § 2370 analog anwenden. Aber das geht noch nicht weit genug und beruht auf der Verkennung der Verschiedenheit der hier und in § 2370 behandelten Situationen.

gatten geltend. Die Aufhebung des Urteils, welches das Recht des Mannes beseitigte, vernichtet die Feststellung, daß die Frau ein Recht auf die Beseitigung (durch Urteil) hatte. Während diese Aufhebung, soweit nicht mehr res integra war, Dritten gegenüber nur als die jetzt eingetretene Wiederherstellung des Verwaltungsrechts des Ehemannes wirkt, hat sie im Innenverhältnis die Folge, daß der Ehemann nun so gestellt werden muß, als sei die Aufhebung nicht erfolgt. — In derselben Weise ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn ein Urteil, welches zu der Aufhebung eines Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit führte, im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auf Wiederaufnahmeklage hin vernichtet wird. Erbschaftsschuldner, die an den Erben gezahlt haben, der an Stelle des Erbunwürdigen getreten war (§ 2344 B.G.B.), sind schlechthin befreit, also nicht etwa nur dann, wenn diesem Erben ein Erbschein erteilt war. Anders ist es, wenn der Schuldner an denjenigen gezahlt hat, der in einem Urteil als der Erbe anerkannt war, nachdem er die Erbeinsetzung des Besiegten auf Grund des § 2078 B.G.B. oder seine eigene Erbschaftsausschlagung gemäß § 1955 B.G.B. angefochten hatte. Hat der Erbschaftsschuldner auf Grund eines solchen bloßen Feststellungsurteils an den Sieger gezahlt, so tat er es auf seine Gefahr. Vor den Folgen, die die Rückwirkung eines solchen Urteils hat, ist er nur geschützt, wenn dem Sieger ein Erbschein erteilt war und der Schuldner die Unrichtigkeit nicht kannte (§§ 2366/7).

2. Gibt man zu, daß unser Grundsatz auch bei Urteilen gilt, die im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens ergehen,[1] so findet er auch Anwendung, wenn ein Ehescheidungsurteil oder ein Urteil, das eine Ehe für nichtig erklärt hatte,[2] vernichtet wird. Durch die Aufhebung des die Ehe für nichtig erklärenden Urteils wird die Ehe in dem Momente **wieder hergestellt**, in dem das Reszissionsurteil die Rechtskraft erlangt und sie gilt dann als niemals aufgelöst. Dies setzt aber voraus, daß die gegenwärtige Rechtslage noch so ist, daß die Wiederherstellung sich ermöglichen läßt.[3] Das ist nicht der Fall, wenn

[1] Dies tut auch Ötker D.J.Z. 1904 S. 1030 und Helbig in der S. 25 Note 6 angeführten Dissertation S. 53 f.

[2] Anders ist es bei einem Urteil, welches das Nichtbestehen einer Ehe festgestellt hat. Dieses Urteil wirkt zwar inter omnes (Z.P.O. § 629), aber es ist kein konstitutives Urteil. Man beachte auch, daß der § 1309 II nicht von einem Feststellungsurteil spricht. — Daß die Klage auf Nichtigkeitserklärung (bezüglich einer „nichtigen" Ehe) etwas anderes als die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe ist, erhellt schlagend aus Z.P.O. § 633. Auf diese bekannte Streitfrage gehe ich nicht näher ein. In neuerer Zeit äußert sich im wesentlichen zustimmend Mitteis, Zwei Fragen (Leipz. Progr.) 6 f.

[3] Über dieses Prinzip und seine Anwendungen vgl. o. S. 25.

einer der beiden Ehegatten nicht mehr lebt,[1] ebenso aber auch nicht, wenn einer von ihnen sich wiederverheiratet hat.[2] Sollte die Rückwirkung hier in vollem Umfange durchgeführt werden, so daß also die erste Ehe wieder auflebte und die zweite Ehe „nichtig" wäre,[3] so müßten hierfür besondere Gründe vorhanden sein. Das ist aber nicht der Fall. PLANCK leitet es aus dem Wesen der Rückwirkung ab, begeht dabei aber den Fehler, dessen Aufdeckung diese Abhandlung bezweckt, den Fehler, daß er Aufhebung mit Rückwirkung und Rechtsdeklaration verwechselt und die Augen vor den vielen Fällen verschließt, in denen der von uns behauptete Grundsatz vom Gesetz angewendet ist. Zu diesen gehört auch der von uns zuletzt besprochene Fall des § 1348 II2 B.G.B., einer Vorschrift, die keineswegs in der besonderen Natur des Todeserklärungsurteils ihren Grund hat und gerade zeigt, daß unser Grundsatz auch auf rein familienrechtlichem Gebiete Anwendung findet.[4] Wer das Gesetz nicht nur durch die Brille der Motive sieht, kann auch in dem von PLANCK angeführten § 1309 II B.G.B. keinen Beweis dafür finden, daß nach dem Gesetz die erste Ehe wiederauflebe. Der § 1309 II stellt mit genau denselben Redewendungen wie der § 1349 ein aufschiebendes Ehehindernis für den Fall auf, daß das konstitutive Urteil, welches die zweite Eheschließung ermöglicht, im Wege der Widerspruchsklage angefochten ist. Im Falle des § 1349 ist es zweifellos, daß die Ehe deshalb verboten wird, weil der **ersten** Ehe die Gefahr der Auflösung droht. Im Falle des § 1309 (Anfechtung des Scheidungsurteils und des Nichtigkeitsurteils) aber soll das Eheverbot gegeben sein, weil der **zweiten** Ehe die Gefahr der Nichtigkeit drohe, und es soll dieses Verbot die PLANCKsche Auffassung stützen. Und weshalb? Weil die Motive es sagen! — Man hat sich für die Nichtigkeit der zweiten Ehe weiter auf den Satz berufen: Prior tempore potior iure est.[5] Aber er führt eher zu unserer Auffassung als zu der von uns bekämpften. Denn das zeitliche Verhältnis ist doch so, daß nach Auflösung der ersten Ehe (durch die Scheidung) die zweite rechtsgültig eingegangen ist. Nun folgt die Aufhebung des Scheidungsurteils, und es ist in Frage, ob die Ehe, die mit dem geschiedenen Ehegatten geschlossen ist, dadurch „nichtig" wird, daß die Scheidung aufgehoben wird. Man darf hierbei nicht nur an die beiden geschiedenen Ehegatten denken, sondern muß vor allem bedenken, daß die Frage eben die ist, ob der

[1] Auch dann ist die Wiederaufnahmeklage noch möglich. Vgl. o. S. 25[5].

[2] Dies ist auch die Ansicht von KOHLER Z.Z.P. 33 226, der aber keine juristische Begründung gibt (D.J.Z. 1904 S. 1074).

[3] Dies behauptet PLANCK D.J.Z. 1899 S. 38 und Komm. zu § 1326 (auch in 3. Aufl., ohne Versuch der Widerlegung der dagegen vorgebrachten Gründe), ÖTKER und HELBIG (o. S. 25[6]). HELBIG wird mit Beifall von ÖRTMANN D.J.Z. 1906 S. 737 f. zitiert. [4] Vgl. o. S. 47 f. [5] So HELBIG a. a. O. S. 51.

Dritte, der durch seine Verheiratung mit dem geschiedenen Ehegatten eine bestimmte Rechtsstellung erlangte, aus dieser wieder hinausgeworfen wird, wenn später die Aufhebung des Scheidungsurteils stattfindet. Der Dritte ist also prior tempore. Nach unserer Ansicht ist er auch potior iure: er ebenso, wie der Dritte, der vor der Genehmigung des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts Rechte erworben hat und eben deshalb durch die an sich zurückwirkende Genehmigung nichts verliert.[1]

Aus diesen Gründen[2] glaube ich, daß der verteidigte Grundsatz bezüglich der Ehe nicht nur im Falle des § 1348 II 2, sondern auch bei Aufhebung des Scheidungsurteils gilt. Nimmt man das Gegenteil an, so würde sich daraus nur eine Ausnahme von unserem Grundsatz ergeben, dieser selbst in seiner prinzipiellen Allgemeingültigkeit aber nicht berührt werden.

## § 7.

## Schlußbetrachtung.

I. Hiermit glaube ich den Beweis erbracht zu haben, daß in unserem Rechte der allgemeine Grundsatz gilt:

> Wird eine gerichtliche Entscheidung, welche im Gebiete der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit einen bestimmten Rechtszustand hergestellt hat, als ungerechtfertigt aufgehoben, so hat die Aufhebung zwar prinzipiell rückwirkende Kraft, aber die Rechtslage, die für Dritte auf Grund jenes Rechtszustandes gesetzmäßig entstanden ist, wird durch die Aufhebung nicht berührt.

Dieser Grundsatz ist das Seitenstück zu den zivilistischen Grundsätzen, welche in verschiedener Weise die Beseitigung der Härten bezwecken, die durch eine streng durchgeführte Rückwirkung entstehen würden. Der Schutz von dritten Person ist, soweit es sich um Aufhebung von rechtsgestaltenden Staatsakten handelt, stärker und wird auf anderem Wege erzielt.

Der von uns aufgestellte Grundsatz übt seine Wirksamkeit vorzugsweise auf zivilistischem Gebiete. Seinem Grunde und inneren Wesen nach aber ist er nicht ein privatrechtlicher, sondern ein publizistischer. Denn es handelt sich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Akt der Gerichtsbarkeit seine Wirksamkeit bekommt oder verliert und wie weit er sie verliert. Für die freiwillige Gerichtsbarkeit ist unser Grundsatz generell ausgesprochen und an die richtige Stelle (F.G.G. § 32) gesetzt.

[1] B.G.B. § 184 II, o. S. 14.

[2] Vgl. ferner über diese spezielle Frage meine Ausführung in D.J.Z. 1904 S. 1074 f., auch o. S. 25—26.

Die Betonung dieses systematischen Gesichtspunktes ist nicht ohne praktische Bedeutung. Hat man ihn vor Augen, so wird man vor dem großen Fehler bewahrt, der darin liegt, daß man die Vernichtung eines Staatsakts unter dieselben Regeln stellt, wie die Vernichtung eines Rechtsgeschäfts, und dann den Schluß zieht: Weil das Prozeßrecht keine generelle Einschränkung der Rückwirkung ausspricht, so findet diese hier schrankenlos statt.

II. Zum Schlusse möge noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß unser Grundsatz auf publizistischem Gebiete sich keineswegs auf Zivilgerichtsbarkeitsakte beschränkt. Wird jemand auf den Gedanken kommen, nach Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Strafurteils zu sagen, daß nun nur „der Schein", daß Recht und Pflicht zur Vollstreckung bestanden habe, durch das Aufhebungsurteil „zerstört" sei?[1] Sollte der Beamte, der vollstreckt hat, etwa nur deshalb vor Strafe geschützt sein, weil er an jene scheinbar vorhandene Verurteilung geglaubt habe? Oder ist es das richtige, zu sagen: Es bestand Recht und Pflicht zur Vollstreckung, und die Freisprechung des Verurteilten hob sie wieder so auf, daß es nun, soweit es sich um seine eigene Rechtslage handelt, so angesehen wird, als sei die Verurteilung und die in ihr enthaltene Feststellung des staatlichen Strafrechts nicht ergangen?

Auf staats- und verwaltungsrechtlichem Gebiete ist zu fragen, welche Wirkung es hat, wenn ein Staatsakt, der eine neue Rechtslage erzeugte,[2] wegen Gesetzwidrigkeit mit rückwirkender Kraft aufgehoben (vernichtet) wurde,[3] nachdem auf Grund jener für Dritte maßgebenden Rechtslage die Rechtsstellung des Dritten eine Änderung erlitten hatte. Hier ist es die Frage, ob diese Einwirkung auf Dritte deshalb als nicht eingetreten zu gelten hat, weil die bedingende Rechtslage vernichtet wird. Die nahe Verwandtschaft dieses Problems mit den Erörterungen über die bei der Ausübung der Gerichtsbarkeit

[1] Die in Anführungszeichen gesetzten Worte sind die schon öfters zitierten Worte Plancks (D.J.Z. 1899 S. 38).

[2] Die Voraussetzung ist also, daß der Verwaltungsakt trotz seiner Gesetzwidrigkeit Wirkung hatte. Wäre er nichtig (nicht nur vernichtbar!), so könnte unsere Frage nicht aufgeworfen werden. Über Vernichtbarkeit der Verfügungen siehe Laband, Staatsr. 2 182 1, O. Mayer, D.Verw.R. 1 100[7].

[3] Für unsere Frage ist es ohne Bedeutung, ob die Aufhebung durch die verfügende Behörde selbst oder durch eine Oberbehörde erfolgte. Dagegen kommen nicht in Betracht die Fälle, in denen die Aufhebung nicht Vernichtung ist, sondern ex nunc erfolgt. (Natürlich muß man auch hier sich davor hüten, aus der Aufrechterhaltung der Rechte Dritter zu schließen, daß der Vernichtung überhaupt die rückwirkende Kraft fehle.) Eine ganz andre Frage ist die, ob mit Rücksicht auf die durch den Verwaltungsakt hergestellte Rechtslage überhaupt seine Aufhebung zulässig ist. Wir setzen eine wirksame Kassation voraus.

vorgenommenen Staatsakte liegt auf der Hand. Man denke nur an den Fall, daß einer Person, bei der eine absolute Voraussetzung für die Fähigkeit zum Richteramte fehlt, ein Richteramt übertragen oder belassen wurde und daß unter ihrer Mitwirkung ein Urteil gefällt ist. Hier ergeben die prozessualen Vorschriften ein bestimmtes Resultat. Die Entfernung des Richters hat auf die Wirksamkeit des gefällten Urteils direkt keinerlei Einfluß. Vielmehr hat der Umstand, daß das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, nur die Wirkung, daß das Urteil vernichtet werden kann.[1] Zwangsvollstreckungen aber, die auf Grund des Urteils schon vorgenommen sind, und Rechte dritter Personen, die auf Grund des Urteils (wenn es konstitutiv wirkte) entstanden waren, werden durch die Vernichtung nicht berührt, soweit andere Personen als die Parteien in Betracht kommen.[2] Noch instruktiver als dieses Beispiel, bei dem die Eigentümlichkeiten der Wirkung eines Urteils in Betracht kommen, ist die ebenfalls schon früher (S. 29, 34 f.) ausführlicher erörterte gesetzwidrige Verleihung der Rechtsfähigkeit. Als Seitenstück hierzu nehme man das Beispiel, daß unter Verletzung von absoluten Vorschriften ein Beamter angestellt ist, der dann Gelder einkassiert oder andere Amtshandlungen vorgenommen hat. Muß der Dritte nochmals zahlen, wenn die Anstellung kassiert ist?

Die Antwort kann in diesem einfachen Beispiele wohl nicht zweifelhaft sein. Aber die Durchführung des nach meiner Ansicht auch auf dem bezeichneten Gebiete geltenden publizistischen Grundsatzes, namentlich die Beantwortung der prinzipiellen Vorfrage, wann die Vernichtung eines Verwaltungsakts rückwirkende Kraft hat, und der Frage, welche Personen als Dritte zu bezeichnen sind, kann hier natürlich nicht einmal versucht werden. Ich muß mich damit begnügen, auf das Problem aufmerksam zu machen[3] und darauf hinzuweisen, daß wir schließlich zu der Frage gelangen, welche Bedeutung den Staatsakten zukommt, die von einem durch Staatsstreich oder in Kriegszeiten in den Besitz der Regierungsgewalt gelangten, dann aber doch wieder vertriebenen Machthaber vorgenommen sind.[4]

[1] Z.P.O. §§ 551 No. 5, 579 No. 1 (mein Lehrb. 2 79).

[2] Vgl. o. S. 22 f. u. S. 44 f. Entsprechend ist es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nach § 32 F.G.G.).

[3] Es wird gestreift von O. Meyer, D.Verw.R. 1 57 (vgl. auch S. 100, 116 f., 150). Es ist mir aber zweifelhaft, ob er mit dem Dritten nicht nur den direkt Beteiligten (im Gegensatz zu der Behörde) meint.

[4] Über Zwischenherrschaft vgl. G. Meyer Staatsr. (6. Aufl. von Anschütz) S. 24—25, wo die Literatur angegeben ist, dazu noch Bähr, Rechtsstaat bes. S. 141 f., Treitschke, D. Geschichte 2 150 f.

# Gesetzesregister.


Seite

**Digesten.**

7, 1 l. 25 § 1 . . . 8f.
70 § 1 . . . 8
8, 6 l. 11 § 1 . . . 12
14, 6 l. 1 § 1 . . . . 9
19, 1 l. 24 pr. . . . 9
41, 1 l. 43 § 2 . . . 8f.
44, 3 l. 6 § 1 . . . . 13
46, 3 l. 98 § 3 . . . 9

**B.G.B.**

§ 3 . . . . . 33
115 . . . . 26, 30, 40
142 . . . . . 7, 17
161 . . . . . 11f.
184 . . . . . 14
185 . . . . . 10, 15
212 . . . . . 11
389 . . . . . 17
816 . . . . . 46[1]
833 . . . . . 33
892 . . . . . 36
935 . . . . . 6[3]
940 . . . . . 15
941 . . . . . 11
944 . . . . . 16
1309 . . . . . 51
1344 . . . . . 18[1]
1348 . . . . . 46f.
1349 . . . . . 51
1381 . . . . . 10
1395/9 . . . . . 49

Seite

1404 . . . . . 49
1418 . . . . . 25, 49
1420 . . . . . 48
1425 . . . . . 24
1426 . . . . . 49
1435 . . . . . 28
1494 . . . . . 48
1544 . . . . . 48
1547 . . . . . 48
1549 . . . . . 48
1564 . . . . . 50
1679 . . . . . 48
1741 . . . . . 27
1780 . . . . . 33
1884/5 . . . . . 48
1896 . . . . . 30, 41
1954f. . . . . 17
1959 . . . . . 15
1978 . . . . . 17
1984 . . . . . 31
2078 . . . . . 17
2113 . . . . . 12
2230 . . . . . 26[5]
2344 . . . . . 17
2366 . . . . . 36
2370 . . . . . 36

**H.G.B.**

§ 15 . . . . . 28
311 . . . . . 29, 34f.

**Ges. ü. Ges. m. b. H.**

§ 75/7 . . . . . 35

Seite

**Pat.Ges.**

§ 14, 23 . . . . . 29, 35

**War.Z.Ges.**

§ 12 . . . . . 29, 35

**Mustersch.Ges.**

§ 4, 7 . . . . . 29, 35

**F.G.G.**

§ 32 . . . . . 19, 29, 32
61 . . . . . 31
144 . . . . . 35
159 . . . . . 35

**Z.P.O.**

§ 57/8 . . . . . 34
325 . . . . . 16, 21
578f. . . . . 48f.
580 No. 6, 7, b . . 21
628 . . . . . 25[5]
629 . . . . . 50
767 . . . . . 21, 23[2]
836 . . . . . 39
894 . . . . . 40
957 . . . . . 45
1018 . . . . . 45

**Z.V.G.**

§ 90, 130 . . . . . 39

**K.O.**

§ 59 No. 1 . . . . . 33
116 . . . . . 43
191/2 . . . . . 42
206 . . . . . 42

**Otto v. Wendt**
**Tübingen.**

# Besitz und Besitzwille.

Unser B.G.B. hat den Besitzschutz auf neuen Grundlagen und Voraussetzungen aufgebaut und sich vom Römischen Recht in vielen Beziehungen ganz freigemacht. Das ist eine feststehende, allen genügsam bekannte Tatsache. Freilich, wie weit die Abweichungen reichen und ob nicht im einzelnen dennoch Sätze des Römischen Rechts auch heute noch zu wiederholen sind, bleibt noch der Untersuchung ausgesetzt. Gleich hierbei beginnen schon die Meinungsverschiedenheiten; sie betreffen vor allem die Bedeutung des Besitzwillens, den die Mehrzahl der Schriftsteller aus dem Tatbestand des Besitzes und den Erfordernissen des Besitzerwerbes gestrichen glaubt, während eine Minderheit auch heute noch zu der Regel des Römischen Rechts sich bekennt: ignoranti non acquiritur possessio. Wenn man die Stimmen zu wägen, statt nur zu zählen vermöchte, so möchte es wohl zweifelhaft sein, wohin das Zünglein der Wage sich neigen würde. Denn es ist bemerkenswert, daß gerade hervorragende Lehr- und Handbücher sich der breiten Strömung entgegenstemmen und den Besitzwillen (in näher zu bestimmender Bedeutung) auch jetzt als für die Regel erforderlich verteidigen. Man vergleiche nur die Werke von Crome, Dernburg, Endemann, Gierke, Lehmann, Landsberg. Kommentare dagegen, Abhandlungen und vor allem Dissertationen stehen überwiegend auf der anderen Seite und sind in ihren kritischen Urteilen schnell mit dem Anathema bei der Hand, daß ihre Gegner noch in historischen Reminiszenzen befangen seien und sich in das neue Recht noch nicht genügend hineinzufinden vermöchten. Oberste Behauptung ist bei ihnen durchweg, daß das Gesetzbuch mit Bewußtsein und Absicht den Besitzwillen beseitigt habe, und daß es danach unstatthaft sei, ihn dennoch wieder in das Gesetz hineinzutragen. Als Folgerung wird auch ausgesprochen, daß jetzt auch die Scheidung von Detention und juristischem Besitz ganz hinweggefallen und dem Gesetzbuch ein Besitz in fremdem Namen, ein alienae possessioni ministerium praestare unbekannt sei.[1]

[1] Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre. Gruchot, Beiträge, Jahrgang 42 S. 645—683, 1898.

Und doch werden wir bekanntlich durch B.G.B. § 855 sofort über das Gegenteil belehrt; der in unserer Terminologie trotz gelegentlichen Widerspruchs eingebürgerte Besitzdiener ist doch nichts als eine Übersetzung jenes ministerium praestare. Wohl sind die Fälle der unselbständigen Inhabung auf ein verhältnismäßig kleines Gebiet (in Vergleichung mit dem Römischen Recht) eingeschränkt; aber innerhalb desselben heißt es noch immer: possidet cujus nomine possidetur. „So ist nur der andere Besitzer", sagt § 855 dementsprechend. Hier also von einer detentio nomine alieno zu sprechen im Gegensatz gegen juristischen Besitz, wird doch niemandem verwehrt sein dürfen, und von einer unstatthaften Verwendung eines etwa abgetanen römischen Begriffs kann gewiß nicht die Rede sein.

Natürlich handelt es sich, wenn jetzt vom Besitzwillen die Rede ist, nicht mehr um jene Fragen des Pandektenrechts, die Jhering zu seinem Buch über den Besitzwillen veranlaßten, nicht mehr um jene Bemühungen, den Besitzwillen des Römischen Rechts so zu bestimmen, daß die Definition allen Gruppen des juristischen Besitzes gerecht zu werden vermochte. Das alles ist in der Tat abgetan, und wir können zufrieden sein, daß es so ist und daß wir dafür keine Arbeit mehr aufzuwenden brauchen. Alle Verschiedenheiten zwischen Eigenbesitz, Nutzungsbesitz, Verwaltungsbesitz und was man sonst noch daneben stellen könnte, bleiben jetzt für das Besitzrecht als solches gleichgültig. Der Besitz ist in allen diesen Fällen völlig der gleiche, tatsächliche Gewalt über die Sache, und alle Besitzer genießen den gleichen Schutz gegen verbotene Eigenmacht. Nur die Besitzdiener des § 855 und die Auchbesitzer des § 868 nehmen jetzt eine Sonderstellung ein. Wie weit daran aber das Willensmoment beteiligt ist, bleibt noch einer besonderen Erörterung ausgesetzt.

Gänzlich unabhängig hiervon ist nun aber die andere Frage, ob zum Besitzerwerb, der im Gesetz als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt beschrieben ist, nicht doch ein entsprechender Wille gehöre und erforderlich sei.

1. Wenn die römischen Juristen die Möglichkeit eines ungewollten, unbewußt bleibenden Besitzerwerbes ganz abgelehnt und nur beim Pekuliarerwerb der Sklaven und Hauskinder utilitatis causa eine Ausnahme zugelassen haben, zu deren Rechtfertigung überdies auf die in der concessio peculii allenfalls zu findende allgemeine Ermächtigung Bezug genommen werden konnte, so sind damit Anschauungen zur Geltung gebracht, die mit dem zweifelhaften animus domini überhaupt nichts zu tun haben, eben deswegen auch eine bleibende Wahrheit beanspruchen und von uns, trotz der veränderten Grundlagen des Besitzschutzes, ebenfalls noch wiederholt werden können und müssen. So heißt es also:

Fr. 3 § 3 D. de acq. poss. 41, 2: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat.

Fr. 34 pr. D. eodem: non puto errantem acquirere etc.

Fr. 1 § 3 D. eodem: quia affectionem tenendi non habeant, licet maxime corpore suo rem contingant, sicut si quis dormienti aliquid in manu ponat.

Auch was den Pekuliarerwerb angeht, so war nicht schlechthin der eigene Besitzerwerb des Gewaltunterworfenen schon maßgebend, etwa nach der Regel, daß aller Erwerb desselben ipso jure dem Herrn zufalle. Vielmehr wurde der Besitzerwerb des Letzteren noch von zwei besonderen Momenten abhängig gemacht, einmal dem Vertretungswillen der subjecta persona und ferner von der Ordnungsmäßigkeit des Erwerbes.

Fr. 1 § 19 D. de acq. poss. 41, 2: haec quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem; nam si jubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio.

Fr. 24 D. eodem: quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem, sed justam potest acquirere . . . quod ex maleficiis apprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam apprehendit.

Hierzu gehört dann auch noch, was gerade mit Rücksicht auf Beispiele von Bedeutung sein wird, die in der Gegenwart vielfach gebraucht werden.

Fr. 41 D. eodem: qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideret, licet corpore in fundo sit.

Ich lasse hierbei den Besitzerwerb der Kinder und Geisteskranken noch völlig beiseite, weil es sich dafür ja wieder um andere Gesichtspunkte dreht.

Mit Rücksicht nun auf die genannten Sätze des Römischen Rechts wird heute gelehrt, daß im Gegensatz dazu jetzt auch das ungewollte und unbewußte Haben in vollem Maße den Besitz begründe und des Besitzschutzes teilhaftig sei, weil eben nichts als tatsächliche Gewalt in B.G.B. § 854 gefordert sei. Über den Besitz am Schatze wird also anders geurteilt, und überall kehren bei den Verteidigern dieser Meinung die zugesteckten Sachen wieder, die heimlich niedergelegten, die unbestellt ins Haus oder vors Haus gebrachten, dem Schlafenden, Betrunkenen in die Hand gegebenen oder in die Tasche gesteckten Sachen. Überall soll es heißen: ignoranti acquiritur possessio. Hin und wieder begegnen wir auch Inkonsequenzen, wie z. B. der schon

genannte BARTELS zwischen einem Betrunkenen und einem Besoffenen im weiland WÄCHTERschen Sinne unterscheiden will. Den sinnlos Betrunkenen, gänzlich Bewußtlosen, dem etwas in die Hand oder in die Taschen gesteckt wird, will er doch nicht als Besitzer gelten lassen.

Inkonsequenzen begegnen freilich auch auf der anderen Seite; denn nicht anders kann ich es ansehen, wenn DERNBURG[1] zwar den Willen als den Schöpfer des Besitzes bezeichnet und deshalb den Satz des Paulus wiederholt: nulla possessio nisi corpore et animo acquiri potest, dann aber Nebenformen des Besitzes in dem Sinne anerkennen will, daß auch dabei der Besitzschutz noch eintreten soll. Das soll gelten, wenn eine Sache, ohne daß wir es wissen und wollen, derart bei uns verwahrt ist, daß wir beliebig über sie verfügen können. Von solchen Nebenformen der vollkommenen Besitzverhältnisse weiß aber unser Gesetzbuch in der Tat nichts, gar nichts. Zur Begründung vermag DERNBURG sich auch nur auf das Preußische Landrecht zu berufen, und darauf, daß das Reichsgericht einmal solchen Zuständen strafrechtlichen Schutz habe angedeihen lassen. Mit der Behauptung, gegen Gewalt müsse jeder Inhaber geschützt werden, auch der unbewußte, will auch MEISNER[2] den Satz rechtfertigen, daß auch der unbewußte Inhaber possessorisch zu schützen und in diesem Sinne Besitzer sei; auch er beruft sich auf das Preußische Landrecht.

Mit solchen Halbheiten ist aber auf beiden Seiten aufzuräumen, und wer den Besitzwillen verlangt, soll keine Zugeständnisse mit „Nebenformen" machen.

2. Worauf stützt sich nun die so weit verbreitete Lehre, daß das Gesetzbuch den Besitzwillen zum Besitzerwerb nicht mehr verlange? Zunächst natürlich auf den Wortlaut des § 854, der nur von der tatsächlichen Gewalt spricht, und dann vorzugsweise auf die Entstehungsgeschichte desselben, wozu dann auch Äußerungen in den Motiven, in den Protokollen und in der „Denkschrift" gehören.

Aber es ist eigentümlich, mit wie wenig Kritik und richtiger Einsicht im Durchschnitt verfahren wird. Im ersten Entwurf hieß es § 797: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)." Dazu kam noch § 800: „Eine geschäftsunfähige Person kann nicht durch eigene Handlungen Besitz erwerben." Hiermit vergleicht man nun den jetzigen § 854, der nur die tatsächliche Gewalt berücksichtigt, vom Besitzwillen aber schweigt, und betont ferner,

[1] Bürgerliches Recht III, 2. Aufl. § 17 S. 55.

[2] Kommentar III zu §§ 854–856.

daß eine dem § 800 entsprechende Vorschrift jetzt in das Gesetzbuch nicht aufgenommen ist. Daraus wird dann die Schlußfolgerung gezogen, daß der Besitzwille mit Absicht fallen gelassen sei und nunmehr nur von eigensinnigen Leuten, die sich noch nicht in das neue Recht hineinfinden können oder mögen, noch aus alter Angewohnheit wiederholt werde.

Um diese Schlußfolgerung richtig würdigen zu können, muß man sich aber vergegenwärtigen, wie es mit der Terminologie des ersten Entwurfs beschaffen war; er unterschied bekanntlich Besitz und Inhabung und gründete den possessorischen Schutz auf die letztere; das Wort Besitz hatte damals keine andere Bedeutung, als wie sie jetzt dem Worte „Eigenbesitz" zukommt. Hält man sich dies vor Augen, so sieht man, daß zwischen dem ersten Entwurf und dem jetzigen Gesetzbuch sachlich überhaupt keine Verschiedenheit der Rechtsnormen besteht und daß es ganz unzulässig ist, aus einer angeblichen Veränderung irgend welche Folgerungen zu ziehen. Der Besitzwille, von dem in § 797 E. I die Rede war, steht jetzt in § 872, und wenn jetzt B.G.B. § 854 sich auf die Hervorhebung der tatsächlichen Gewalt beschränkt, so stand es damit auch im ersten Entwurf nicht anders; nur hieß sie damals Inhabung. Man braucht auch nur die Erörterung in den Motiven III S. 81 hinzuzunehmen, wo vom Inhabungswillen gehandelt wird, und daß man es für richtiger gehalten habe, darüber ganz zu schweigen: „Dabei bleibt der Doktrin die Nachweisung unbenommen, daß doch in allen Fällen des possessorischen Schutzes ein Inhabungswille herausgefunden werden könne." Freilich nicht bloß um das Herausfinden desselben handelt es sich, sondern um die Unentbehrlichkeit des Willensmomentes für den Begriff von Macht und Herrschaft. Daß endlich über den Besitzerwerb von Geschäftsunfähigen jetzt im Gesetzbuch nichts ausdrücklich bestimmt ist, hat nicht einmal die Folge gehabt, zum Eigenbesitz des § 872, worauf sich § 800 E. I allein bezog, alle Zweifel niederzuschlagen.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 854 B.G.B. läßt sich also überhaupt nichts entnehmen. Streitet man jetzt über den Besitzwillen, so befaßten sich die Motive zum ersten Entwurf in völlig gleicher Weise mit der Entbehrlichkeit oder Notwendigkeit des Inhabungswillens. Bleiben also die Äußerungen in den Motiven, Protokollen und in der dem Reichstage vorgelegten Denkschrift, die aber freilich einen anderen als wissenschaftlichen Wert nicht beanspruchen können und keineswegs die Bedeutung einer authentischen Interpretation haben. Zu ihrer Kritik genügt es schon, etwa die Sätze der Denkschrift (S. 109) herauszugreifen. Hier heißt es, daß ein auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteter Wille des Erwerbers nicht verlangt werde, weil auch solche Fälle zu berücksichtigen seien, in denen eine Sache in den äußeren Machtbereich einer Person unter

Umständen gelangt ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen werden könne, gleichwohl aber das Bedürfnis des Besitzschutzes noch bestehe. Insbesondere treffe dies für willensunfähige Personen zu, welche andernfalls zum Erwerb eines rechtlich geschützten Besitzes schlechthin unfähig wären. Gerade dieses „andernfalls" ist aber die Wissenschaft durchaus nicht anzuerkennen bereit, und ich glaube, es ist kein einziger derjenigen Juristen, die den Besitzwillen als notwendig verteidigen, der Meinung, mit solcher Behauptung den Besitzerwerb der Kinder und Geisteskranken ganz ablehnen zu wollen. Und wenn man von diesen Personen absieht, über die später noch weiter zu sprechen sein wird, so ist es ein unbewiesenes Postulat, daß eine ungewollte und unbewußt bleibende Inhabung ebenfalls den Besitzschutz nicht zu entbehren vermöge. Das Argument vom Bedürfnis des Besitzschutzes ist zwar in der späteren Literatur oft genug wiederholt; aber trifft es denn wirklich zu, daß für diese Nebenform des Besitzes, wie DERNBURG solche Fälle nennen möchte, Schutz gegen Eigenmacht nicht zu entbehren sei? Nicht bloß um Eigenmacht und die Besitzansprüche würde es sich dabei handeln; man vergesse vielmehr nicht, daß der Besitz auch Pflichten begründet und Haftungen nach sich zieht. Sollen diese auch dem unbewußten Inhaber auferlegt sein? Soll gegen ihn ein Eigentumsanspruch zulässig sein? Soll er als Besitzer auf Vorlegung der Sache verklagt werden dürfen? Mir scheint, daß in solchen Fällen immer nur ein vorübergehender Zustand vorliegt, der für sich keiner besonderen Berücksichtigung wert ist. Sobald hinterdrein Wissen und Bewußtsein sich einstellt, folgt doch entweder sofort eine wirkliche Besitzergreifung oder aber Dereliktion, und für die Zwischenzeit braucht wirklich nicht besonders gesorgt zu werden. Was die Eigenmacht angeht, so frage ich, ob man demjenigen, der heimlich einem andern etwas ohne dessen Wissen zugesteckt hatte, die Befugnis entziehen will, die Sache kurzerhand wieder an sich zu nehmen? Soll das als verbotene Eigenmacht gelten, wenn es geschehen kann, ehe bei dem andern das Bewußtsein vom An- und Beisichhaben sich eingestellt hat? Das möchte ich meinerseits nicht verteidigen, und die Rechtsordnung hätte meines Erachtens keinen genügenden Anlaß, hier schon ein Schutzbedürfnis als gegeben zu erachten.

3. Was aber aus dem Gesetz selbst zugunsten des Besitzwillens entnommen werden kann, ist schon wiederholt vorgeführt, wenn auch freilich von den Gegnern nicht immer ausreichend gewürdigt. Das ist vor allem der Inhalt der §§ 867 und 1005, den man vergeblich durch die Hereinziehung von § 911 abzuschwächen versucht.

Es tritt uns hier die eine Gruppe des unbewußten Habens entgegen. Sachen, die sich auf einem Grundstück befinden (§ 1005), die auf ein Grundstück gelangt sind (§ 867). Die Ausdrucksweise ist so

allgemein, daß nicht bloß das zufällig auf ein Grundstück Geratende in Betracht kommt, sondern auch, was absichtlich dorthin verbracht, dort vergraben, versteckt, niedergelegt ist, und selbst Tiere sind nicht ausgeschlossen, die sich verirrt, verlaufen haben oder eine Zuflucht vor Gefahr oder Verfolgung suchen. Den Gründen oder Veranlassungen braucht also nicht weiter nachgegangen zu werden. Es fragt sich, mit welchen Rechtsmitteln die Wiedererlangung solcher Sachen, sei es vom Besitzer, sei es von Eigentums wegen, betrieben werden kann. Die Besitzklagen setzen verbotene Eigenmacht voraus und sind aus diesem Grunde ausgeschlossen. Die rei vindicatio, sowie die Klage aus früherem Besitz richten sich nach § 985 und § 1007 gegen den Besitzer der Sache, und das ist ja nun die Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt ist in jenen Fällen. Da kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß das Gesetz diese Frage verneint, die Herausgabeansprüche also für ausgeschlossen erachtet und statt dessen ein selbständiges, neues Klagrecht gewährt, eben den Anspruch, daß die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet werde. Dazu soll der Besitzer des Grundstücks verpflichtet sein, „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen ist". Mit diesem Vorbehalt ist ja noch eine ausdrückliche Bestätigung dafür hinzugefügt, daß einstweilen ein Besitz jener Sachen noch nicht gegeben ist. Wird aber die Sache von dem Grundstücksbesitzer (oder einem anderen) in Besitz genommen, so ist damit dann auch die Passivlegitimation für die Herausgabeansprüche hergestellt und zugleich die Voraussetzung für jenen Gestattungsanspruch wieder beseitigt. Bevor aber die Sache nicht durch selbständige Handlung in Besitz genommen ist, ist Besitz daran noch nicht vorhanden. Das wird sich unweigerlich als die Meinung des Gesetzes ergeben: unbewußte Inhabung ist noch kein Besitz. Denn nach der jetzigen Terminologie ist in §§ 867 und 1005 nicht etwa wie im ersten Entwurf Eigenbesitz gemeint, sondern der Besitz als solcher, wie er die possessorischen Rechtsmittel begründet. Von einem Bedürfnis, diese dem Grundstücksbesitzer zu gewähren, auch wegen jener auf sein Grundstück gelangten Sachen kann doch gewiß nicht die Rede sein. Unmittelbar ist auch wegen des Schatzes die entsprechende Folgerung zu ziehen und man wird mit den römischen Juristen sprechen dürfen: is qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Ist doch auch der Eigentumserwerb am Schatz nach B.G.B. § 984 nicht bloß vom Finden desselben sondern auch davon abhängig, daß er infolge der Entdeckung in Besitz genommen ist. Hätte man Besitz daran schon vor der Entdeckung anzunehmen, so würde diese ja für den Eigentumserwerb genügen können und müssen, und man brauchte nicht nochmalige Besitzergreifung zu fordern. So dient auch diese Gesetzesbestimmung zur Bestätigung unserer Meinung.

Das Beispiel des Schatzes führt uns auch gleich noch einen Schritt weiter. Denn wenn als Schatz eine Sache bezeichnet wird, die so lange verborgen gelegen hat, daß ihr Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist, so ist es dafür ja gleichgültig, wo sie verborgen gelegen hat, und nicht bloß in Grundstücken sind Schätze zu finden. Dementsprechend sind auch die §§ 867 und 1005 nicht auf Sachen zu beschränken, die auf ein Grundstück gelangt sind oder wenigstens, es ist in Ansehung des Besitzes beweglicher Sachen nicht anders zu urteilen, auch wenn sie nicht auf ein Grundstück, sondern zwischen andere bewegliche Sachen geraten sind, dem Besitzer der letzteren unbewußt. So ist schon in der bisherigen Literatur gelegentlich von Büchern die Rede, die unter fremde Bücher geraten, und mancher zerstreute Professor packt z. B. im Hotel Dinge mit in seinen Koffer, von denen er nachher keine Rechenschaft zu geben vermag und die er völlig unter der Schwelle des Bewußtseins mit in die Hand gekriegt hat. Wieviel häufiger liefern nicht Wäscherinnen und Büglerinnen Wäschestücke mit ab, deren Nichtzugehörigkeit auch dem Empfänger nicht zum Bewußtsein kommt. Dazu kann auch gleich aus dem Corpus juris das bekannte

Fr. 34 pr. D. de acq. poss. 41, 2

zitiert werden mit seinem Irrtumsfalle und der Entscheidung: non puto errantem acquirere possessionem. Denn auch der Irrtum schließt hier trotz eigner Handlung den Besitzwillen aus und hindert den Besitzerwerb: man hat zwar die Sache und hat sie auch selbst genommen, aber der Besitzwille war nicht auf diese Sache gerichtet (nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus). Um so mehr muß aber bei den von dritter Hand zugesteckten Sachen Besitzerwerb geleugnet werden, auch wenn man sie in den Kleidern oder an denselben mit sich herumträgt. Hier verfangen nach meinem Urteil alle Gegengründe nichts, so sehr man sich auch bemüht, tatsächliche Gewalt und die Möglichkeit beliebiger Verfügung als vorhanden auszugeben. Denn das Nichtwissen steht dem doch schlechthin hindernd im Wege.

In diesem Zusammenhange erscheinen in der Literatur auch die übergefallenen Früchte und der § 911: „Früchte, die von einem Baum oder Strauch auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks." Hierin ist ja nun zwar vom Besitz nicht unmittelbar die Rede, allein es ist wohl unverkennbar, daß die aufgestellte Rechtsregel auch dafür noch mit maßgebend sein muß. Jenes Gelten ist nicht eingeschränkt und wird also in sämtlichen Beziehungen durchzuführen sein. Die übergefallenen Früchte werden also durchweg so zu behandeln sein, als wenn sie auf dem Grundstücke, auf das sie gefallen sind, selbst gewachsen wären. Vor allem liegt auf der Hand, daß der Gestattungsanspruch, den die §§ 867 und

1005 zum Gegenstand haben, ohne weiteres ausgeschlossen bleiben muß, als mit jener aufgestellten Fiktion nicht vereinbar. Aber auch darüber hinaus muß ein sich ipso jure vollziehender Eigentums- und selbst Besitzerwerb zugunsten des Nachbars angenommen werden; denn was von seinen eignen Bäumen und Sträuchern fällt, gehört ihm und steht auch in seinem Besitz. Die Regeln über den Fruchterwerb (§ 953f.) haben es zwar nur mit dem Eigentum an der Frucht zu tun und für den Besitz fehlt es an einem direkten Zeugnis im Gesetz. Nichtsdestoweniger wird man wohl darüber einig sein, in Ansehung der eignen Bäume auch Besitz der davon abfallenden Früchte anzunehmen, ebenso wie an den Tierjungen, die von den eignen Tieren geboren oder erbrütet werden, an den Eiern, welche die Hühner legen usw.

Was also die „auf ein Grundstück gelangten" Sachen angeht, so stehen die übergefallenen Früchte unter einem Spezialrechtssatz, der sie der Anwendung der allgemeinen Begriffe und Vorstellungen entzieht. Die Regel aber ist aus § 867 zu entnehmen und lautet, daß ein Gelangen auf ein Grundstück für sich allein noch keinen Besitz begründet. Diese Regel ist aber auch gar nicht dadurch bedingt, daß es sich dabei um ein offenes Grundstück handelt, wie selbst bei STROHAL immer unterstellt wird, um daraus für andere Fälle gegenteilige Schlüsse ziehen zu können.[1] Ob offen oder nicht, das ist für die Anwendung von § 867 ganz gleichgültig, und umgekehrt greift die Ausnahmsvorschrift des § 911 auch bei offenen Grundstücken Platz. Auch geht die letztere, um das noch besonders auszusprechen, nicht über die Frucht von Bäumen und Sträuchern hinaus, so daß für Äste und Zweige, die vom Wind gebrochen werden, noch durchaus § 867 zur Anwendung kommt.

Es kann also nach unserer Meinung dabei das Bewenden behalten, daß das Gesetz selbst durch § 867 zu erkennen gegeben hat, was es zum Besitzerwerbe als erforderlich erachtet, und daß neben dem räumlichen Verhältnis zur Sache auch Wissen und Wollen der Person nicht entbehrt werden kann. Allerdings ist ja diese Regel nicht ohne Ausnahmen, wie wir soeben schon am § 911 gezeigt haben. Vor allem hat aber § 857 eine wichtige und oft eintretende Ausnahme geschaffen, nämlich die Vererbung des Besitzes. Der Besitz geht auf den Erben über, sagt § 857. Dieser Übergang vollzieht sich nach den gegenwärtigen Regeln über den Erbschaftserwerb völlig ipso jure, ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Erben, und nicht bloß die Besitzansprüche vererben sich, sondern der Besitz als solcher, als Tatbestand geht auf den Erben über. Mit dieser Neuerung ist das heutige Recht also etwas weiter von der res facti abgerückt

[1] STROHAL Der Sachbesitz nach dem B.G.B., JHERINGS Jahrbücher Bd. 38 S. 67f.

und hat ihr plus juris zugestanden, als das Römische Recht es getan hatte. So ist also jetzt verbotene Eigenmacht dem Erben gegenüber möglich, auch wenn man noch gar nicht weiß, wer dieser Erbe sein wird, und auch er selbst den Anfall der Erbschaft noch nicht erfahren hat. Dieser Fall des unbewußten Besitzerwerbes ist dann auch keinerlei Einschränkungen ausgesetzt und an keine weiteren Voraussetzungen gebunden, unterscheidet sich darin also von jenem Fall des Pekuliarerwerbes, den das Römische Recht als Ausnahme zugelassen hatte.

4. Daß aus dem Inhalt des § 854 Abs. 1 für sich schon ein bestimmtes Ergebnis gezogen werden könne, insofern hier von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt gesprochen wird, kann meines Erachtens nicht zugegeben werden. Jener Absatz 1 hat doch im wesentlichen nur definierende Bedeutung, zu sagen, was das Gesetz unter Besitz verstanden wissen will. Und wenn der Besitz als tatsächliche Gewalt über eine Sache zu verstehen ist, so ist es ja auch selbstverständlich, daß er durch die Herstellung dieser Gewalt erworben wird. Insoweit liegen also völlig neutrale Sätze vor, denen für sich allein noch keine speziellere Färbung innewohnt. Sie enthalten nichts anderes, als was uns Fr. 55 D. de acq. rer. dom. 41, 1 aus dem Munde des Proculus mitteilt: summam puto hanc esse, si in meam potestatem pervenerit etc. Tatsächliche Gewalt und Erlangung derselben, das sind also die Stichworte. Man sagt nun wohl, man solle nichts in das Gesetz hineintragen, was es nicht von selbst enthalte. Ganz einverstanden! Aber wer verstößt denn eigentlich gegen diese Forderung? Von Willen und Absicht ist freilich nicht ausdrücklich die Rede im Gesetz; aber daß sie entbehrlich seien, ist doch ebensowenig gesagt. Wer das Erlangen, Ausüben, Aufgeben als das versteht, was die Worte sprachlich enthalten, als Handlungen der Person nämlich, kann gewiß nicht getadelt werden, wenn er dabei auch an die Voraussetzung alles Handelns, an Wissen und Wollen denkt. Man müßte schon von der Meinung ausgehen, daß es Sache des Gesetzes gewesen wäre, über animus und corpus possessionis getrennt Rechenschaft zu geben, um zu dem Schluß berechtigt zu sein, daß das Gesetz, wenn es nur die tatsächliche Gewalt als das Wesen des Besitzes bezeichnet, damit den vom Pandektenrecht gelehrten animus possidendi habe fallen lassen. Man darf aber doch nicht vergessen, daß die Zergliederung des Besitztatbestandes in jene beiden Stücke des corpus und des animus doch lediglich theoretische Arbeit ist und von der Wissenschaft allein ausgeht, während das Gesetz sich mit der tatsächlichen Gewalt als solcher begnügen kann. Denn um den Besitz gegenüber dem Eigentum in seiner Besonderheit hervortreten zu lassen, um den juristischen Sprachgebrauch, der unter Besitz etwas anderes versteht als das Eigentum, zum Ausdruck

zu bringen, mußte dem rechtlichen Gehören das tatsächliche Haben gegenübergestellt werden. Die tatsächliche Gewalt über die Sache ist also in der Tat das, worauf es für die gesetzliche Definition ankommt: summam puto hanc esse, si in meam potestatem pervenerit. Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, und derjenige erwirbt den Besitz, der diese tatsächliche Gewalt erlangt. Das ist der Inhalt von § 854 Abs. 1, und mehr braucht nicht darin gelesen, nicht hineingetragen zu werden. Man sieht, es ist, wenn man die Worte des Gesetzes für sich allein betrachtet, ein unbewiesenes Postulat, daß durch sie das Erfordernis des Besitzwillens abgeschafft sei. Die Forderung aber, das Gesetz aus sich selbst zu erläutern und dabei nicht immer durch die Brille der Motive, Protokolle usw. sich den Blick trüben zu lassen, ist nachgerade schon oft genug ausgesprochen, um noch auffallen zu können. Der Vorwurf, sich in seinem Urteil über das neue Recht noch immer durch historische Reminiszenzen bestimmen zu lassen, darf jedenfalls abgelehnt, wenn nicht gar zurückgegeben werden. Denn den eigentlichen Hintergrund der den Besitzwillen ablehnenden Auslegung des Gesetzes bildet doch das Preußische Landrecht mit seiner unbewußten Inhabung und dem Satze, daß alle Gewalt verboten sei; aus diesem Hintergrund heraus ist auch bei Dernburg jene Nebenform des vollkommenen Besitzes hervorgegangen, die ebenfalls noch den possessorischen Schutz begründet. Nur so konnte die Meinung entstehen, daß die auf die tatsächliche Gewalt über die Sache gestellte Definition des Besitzes als Ablehnung des Besitzwillens zu verstehen sei.

5. Und wohin ist nicht schon die Kasuistik mit ihren ausgeklügelten Beispielen geraten? Um den ungewollten Besitzerwerb erläutern zu helfen, haben schon Gummischuhe, Überröcke, Hüte, Spazierstöcke und Schirme herhalten müssen, die man bei Geschäftsgängen und Besuchen auf dem Flur oder im Vorzimmer abgelegt hat und hernach vielleicht gar vergißt wieder mit fortzunehmen. Soll wirklich im Ernst die Behauptung verteidigt werden, daß ich, weil sie in meinen Räumen, in meiner Wohnung sich befinden, ich schon deswegen ihr Besitzer bin, solange sie sich daselbst befinden? Die nächste Folge müßte ja sein, daß unmittelbar der bisherige Besitzer seinen Besitz in dem nämlichen Augenblick einbüßen müßte, wo er die Dinge aus der Hand legt. Wie sagt aber § 856? „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.“ Und Doppelbesitz wird man doch auch für ausgeschlossen halten müssen; oder wäre auch das eine unstatthafte Reminiszenz aus dem Römischen Recht, daß man auch heute noch spräche: ubi ego sedeo tu sedere non potes? Doppelbesitz hat unser Gesetzbuch ja freilich insofern geschaffen, insofern es kraft gewisser Rechtsverhältnisse die „Auch-Besitzer“ neben die Besitzer

gestellt hat. Dazu fehlen aber doch in jenen Beispielen alle Voraussetzungen.

In den Fällen der heimlich zugesteckten Sachen aber kann es bei Ablehnung eines ungewollten Besitzerwerbes natürlich keinen Unterschied machen, in welchen persönlichen Zuständen sich derjenige befindet, dem etwas zugesteckt wird, und ob wir es mit einem Wachenden oder Schlafenden, einem Deliranten oder einem Betrunkenen zu tun haben. Denn der entscheidende Umstand, auf den allein Gewicht gelegt werden kann, ist das Fehlen des Bewußtseins vom Haben der Sache, und eben deswegen sind ja auch die Irrtumsfälle völlig gleichzustellen. Freilich ist es bei dem umgekehrten Standpunkt noch weniger zu verstehen, die völlig bewußtlosen Personen von anderen unterscheiden zu wollen.

6. Wer nun von dieser Grundlage aus an die Einzelheiten der Kasuistik und die darauf bezüglichen Meinungsverschiedenheiten herantritt, den werden zunächst die Briefkastenfragen, die schon von den Motiven zum ersten Entwurf angeregt wurden, keine besondere Beunruhigung bereiten. Denn der Briefkasten, wo er uns auch begegnet, bei Privatpersonen oder bei Behörden, im Hause oder auf der Straße, ist doch ausdrücklich dazu angebracht, um Briefe, Zeitungen usw. aufzunehmen, und wer davon im einzelnen Falle Gebrauch macht, tut das nach dem Willen dessen, der den Kasten aufgestellt hat. Dieser hat im voraus seinen Empfangswillen für alles das ausgesprochen, was ordnungsmäßig, d. h. dem Zweck des Kastens entsprechend hineingetan wird. Und wie mit dem Briefkasten, so steht es auch mit vielen anderen Vorrichtungen, an denen das moderne Leben so reich ist. Zur Aufnahme von Geld sind nicht bloß Opferstöcke und Sammelbüchsen hergestellt, sondern auch die zahlreichen Automaten, die irgendwelche Waren feilbieten, Fernrohre zugänglich machen, Telephongespräche ermöglichen, Fahrkarten und Bahnsteigkarten verabfolgen usw. Alle diese Beispiele nötigen aber nicht dazu, in der Theorie auf den Besitzwillen verzichten zu müssen. Natürlich nehmen wir trotz aller Ablehnung des unbewußten Besitzes Besitzerwerb des Adressaten oder Destinatärs in dem Augenblick an, in dem dem Kasten nach seiner Bestimmung etwas übergeben wird, in der zweiten Reihe der Beispiele also, sobald das Geld im Kasten klingt. Denn eine Kenntnis von dem einzelnen Vorgang der Übergabe braucht natürlich nicht verlangt zu werden, und es ist für genügend zu halten, daß der Besitz- und Empfangswille im voraus generell durch die Aufstellung des Kastens ausgesprochen worden ist. Wir sprechen mit dem römischen Juristen:

> Fr. 1 § 5 D. de acq. poss. 41, 2: etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, qui nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.

Fr. 3 § 12 D. eodem.

So brauchte auch beim Besitzerwerb durch einen procurator im Römischen Recht nicht zwischen General- und Spezialmandat unterschieden zu werden, und es konnte überall heißen: *protinus* illi acquirit possessionem.

Fr. 42 pr. D. eodem.

Das versagt freilich für solche Sachen, zu deren Aufnahme der Brief- oder Sammelkasten, der Automat usw. nicht bestimmt ist. Sind doch die Automaten zum Teil schon so konstruiert, daß sie Knöpfe und unrichtige Geldstücke von selbst wieder auswerfen. Aber auch wer den Briefkasten zu Zigarrenresten und sonstigen Ablagerungen mißbraucht, was manche ja des Ulks oder des Unfugs wegen zu tun nicht unterlassen können, gibt damit zwar Besitz auf, führt damit aber keinen Besitzerwerb herbei. Das wird aber auch nicht auf Bedenken zu stoßen brauchen, und es wird kein praktisches Bedürfnis anerkannt werden können, hier schon nach einem Besitzschutz rufen zu müssen, selbst wenn es sich etwa um Geld oder Geldeswert handeln sollte. Die Postanstalten wissen ja darüber zu berichten, daß in ihren Briefkästen nicht selten auch bares Geld vorgefunden wird. Das liegt nicht anders, als wenn der Briefträger sich versieht und in meinen Briefkasten Postsachen mit fremder Adresse hineintut, worauf dann der Annahmewille ebenfalls nicht gerichtet ist.

Man wolle auch nicht einwenden, daß hier nur der Theorie zuliebe, um diese zu retten, ein Besitzwille noch als vorhanden konstruiert werde, an dem es in Wirklichkeit doch ganz fehle. Allerdings muß eingeräumt werden, daß einzelne Verteidiger des Besitzwillens in der Tat diesem Vorwurf durch Übertreibungen sich ausgesetzt haben, und daß z. B. der Abhandlung von Affolter gegenüber[1] nicht ohne Grund jene Kritik geübt ist. Wo aber Einrichtungen absichtlich geschaffen werden, um gewisse Gegenstände aufzunehmen, da darf doch gewiß von dem darin sich aussprechenden Empfangswillen ausgegangen werden, und der Wirklichkeit wird kein Zwang damit angetan. Auch ist dabei die Person des Tradenten ganz gleichgültig, und wer es auch ist, der von jener Einrichtung Gebrauch macht, Bekannter oder Unbekannter, immer tut er es mit und nach dem Willen dessen, der sie aufgestellt hat.

7. Nicht ganz ebenso liegt es nun mit der weiteren Gruppe der Beispiele, die in der Literatur in der Regel sofort an die Briefkastenfrage angeschlossen ist, mit den unbestellt ins Haus geschickten oder vor demselben abgeladenen Waren und Warenproben. Natürlich bedarf das Gebiet der Kontroverse sofort der näheren Ab-

[1] Das Willensmoment beim Besitzerwerbe, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 17 S. 1 f. (1900).

grenzung; denn es kann sich dabei nicht um Gegenstände handeln, die dem Überbringer abgenommen, vom Adressaten oder für ihn also im eigentlichen Sinne empfangen worden sind. Die praktische Bedeutung dieses Beispiels schrumpft also von vornherein sehr zusammen, wenn man nur an solche Fälle noch denkt, wo Unbestelltes nicht übergeben, sondern nur niedergelegt oder abgeladen ist; allzuhäufig wird sich das im Leben schwerlich wiederholen, und wo es wirklich vorkommt, da braucht auch ein Besitzerwerb gar nicht angenommen zu werden. Wer in solcher Weise verfährt, kann sich meines Erachtens nicht wundern, wenn daraus possessio vacua hervorgeht und über den fraglichen Gegenständen nicht mehr der Schirm des Besitzschutzes aufgespannt ist. Um solcher Fälle willen die Möglichkeit ungewollten Besitzerwerbes zu verteidigen, liegt also wohl kein Grund vor. Das ist auch dann nicht anders, wenn etwa Irrtum und Verwechslung zu einer Abladung an unrichtiger Stelle geführt hat. Man wird gewiß nicht sagen können, daß in der Wiederabholung solcher Sachen eine verbotene Eigenmacht zu finden sei, auch wenn sie erfolgt, ohne daß zuvor eine Mitteilung darüber gemacht wird. Auch müßte schon die Vorschrift von § 867 B.G.B. uns darüber belehren, daß ein Besitzerwerb eben einstweilen nicht eingetreten ist. Denn zu den auf ein Grundstück gelangten Sachen würden doch alle jene Gegenstände notwendig gehören. Auch wer etwa sich noch im Goldschmidtschen Sinne auf die Verkehrsanschauung berufen wollte, würde auch von dieser schwerlich das Urteil gewinnen, es sei schon in Wirklichkeit eine solche Beziehung zwischen Person und Sache hergestellt, welche Herrschaft über die Sache, d. h. Besitz genannt werden dürfe. Wobei überdies noch bemerkt werden muß, daß die Goldschmidtsche Formel nur geschrieben war, um über Dasein oder Nichtdasein des corpus im Tatbestand des Besitzes zu bestimmen, nicht aber um den Besitzwillen entbehrlich zu machen.

8. Anders verhält es sich in dieser Beziehung, d. h. mit der Berufung auf die Verkehrsanschauung bei einem dritten Beispiel, bei dem noch wieder Einrichtungen in Frage kommen, nämlich bei allen Fangvorrichtungen, mögen sie in Fallen, Gruben, Schlingen oder Eisen bestehen. Das ist also der bekannte Fall des Proculus aus:

> Fr. 55 D. de acq. rer. dom. 41, 1: in laqueum quem venandi causa posueras, aper incidit.

Es wird gewiß nicht als abwegig bezeichnet werden dürfen (vgl. Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern § 23 S. 183), wenn Proculus dafür auf den Ort Gewicht legt, wo die Fangvorrichtung aufgestellt ist: an in publico an in privato, utrum in meo an in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus erat an non permissu ejus? Denn diese Umstände haben zweifellos Bedeutung für die Frage,

ob potestas erlangt, die tatsächliche Gewalt über das gefangene Tier hergestellt ist oder nicht. Gerade wenn jetzt gern der Besitzerwerb als erfolgt verteidigt wird, so steht dem nicht eventuell der fehlende Besitzwille entgegen, denn dieser ist vorhanden und durch das Aufstellen der Falle usw. genügend betätigt. Wohl aber handelt es sich um das corpus, um das Haben als solches, und ob nicht, wie es im corpus juris an anderer Stelle heißt, noch mancherlei das Haben und den Fang vereiteln könne: Multa accidere possunt ne eum capiam. Gerade dafür ist es dann aber nicht gleichgültig, wo und an welcher Stelle die Falle aufgestellt ist, und Proculus hat ganz recht, danach zu fragen und davon die letzte Entscheidung abhängig zu machen. Der Wilddieb, der im fremden Walde die Hasen- oder Rehschlingen stellt, und der Eigentümer oder Jagdberechtigte, der in seinem Revier ein Fuchseisen oder eine Marderfalle oder Krammetsvögelschlingen herrichtet, sind durchaus nicht in der gleichen Lage, und was für den einen bejaht werden muß, der Besitzerwerb nämlich, ist für den anderen noch durchaus zu verneinen. Wenn jetzt diese Beispiele zur Erörterung gebracht werden, so ist in der Regel ausschließlich an den Eigentümer gedacht, der in suo die Fangvorrichtung aufstellt. Für ihn kann dann auch in der Tat der sofortige Besitzerwerb verteidigt werden, freilich ohne allen Verzicht auf das Willensmoment. Die Möglichkeit, daß Dritte unberechtigt das gefangene Tier sich aneignen, ist allerdings auch bei solcher Voraussetzung nicht ausgeschlossen; aber dann darf in der Tat auch schon Diebstahl angenommen werden. Natürlich spricht dabei auch noch der weitere von Proculus mit Recht angeregte Punkt mit, ob das gefangene Tier etwa sich noch selbst wieder zu befreien vermöge: an diutius luctando expediturus se fuerit. Darüber zu urteilen, ist wohl meistens nur nachträglich möglich, wenn eben feststeht, daß dem Tier die Selbstbefreiung gelungen ist, etwa mit Aufopferung eines Gliedes.

Zu den Fangvorrichtungen sind gelegentlich von einzelnen Schriftstellern auch apportierende Hunde und andere zum Fange abrichtete Tiere gezählt worden; vgl. z. B. Strohal a. a. O. S. 67 unten. Hier machen sich aber sofort wieder Bedenken geltend, ob die Aufnahme des Gegenstandes durch den Hund schon als Besitzerwerb für den Herrn aufgefaßt werden darf, wenigstens wenn es so liegt, daß die Aufnahme sich irgendwo an drittem Ort, nicht im eigenen begrenzten Gebiet des Eigentümers vollzieht. So wird dann mit mehr Recht jenes Wort zu wiederholen sein: Multa accidere possunt, ne eum capiam. Man nehme als Probe einmal das in den Jheringschen Zivilrechtsfällen No. 66 mitgeteilte Hundebeispiel: A, B, C gehen an einem Bach spazieren; jenseits desselben sieht der A einen Geldbeutel auf der Erde liegen, er teilt seine Entdeckung den beiden

andern mit, und B pfeift dem Hunde des C und läßt ihn den Beutel apportieren; wie der Hund mit demselben zurückschwimmen will, hetzt D, der am andern Ufer spaziert, seinen Hund auf ihn und bekommt infolge davon den Beutel. Das Beispiel ist wohl dazu angetan, die Wahrheit des vorhin zitierten römischen Satzes zu bestätigen und an dem Besitzerwerb durch Hunde irre zu machen.

9. Neben der ungewollten resp. unbewußt aufgedrängten Inhabung stehen nun weiter die Fälle einer zwar gewußten, aber dennoch nicht vom Besitzwillen begleiteten Ausübung tatsächlicher Gewalt über die Sache. Dieselben geben natürlich Anlaß, Natur und Richtung des Besitzwillens zu prüfen, in dem Sinne, daß nicht jede Besitzhandlung auch schon eine Besitzergreifung genannt werden kann und zum Besitzerwerb führt, weil eine darauf gerichtete Absicht dem Handelnden durchaus fehlt. Es ergibt sich daraus meines Erachtens ein Seitenstück zu § 856 Abs. 2. Denn wenn durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt der Besitz nicht beendigt wird, so kann man wohl auch sagen, daß vorübergehende Ausübung der Gewalt den Besitz nicht begründet. Auf das Willensmoment wird es aber dabei in erster Linie ankommen. Als Beispiel kann zunächst das Betreten eines Hauses oder Grundstücks genannt werden, etwa zum Zweck der Besichtigung oder eines Aufenthaltes im Freien, im Garten, unter Bäumen usw. So heißt es in:

> Fr. 41 D. de acq. poss. 41, 2: qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideret, licet corpore in fundo sit.

Natürlich ist dabei schon possessio vacua vorausgesetzt, weil sonst wohl niemand auf den Gedanken kommen würde, dem Besucher in Gegenwart des Besitzers Besitz des Hauses oder Raumes zuzuschreiben. Wie oft finden aber nicht Besucher den Besitzer ausgegangen und sein Zimmer leer, wollen ihn aber erwarten und machen es sich inzwischen bei ihm bequem und tun, als ob sie zu Hause wären. Deshalb sind sie ihrerseits aber doch nicht schon Besitzer geworden und wollten es eben auch gar nicht werden. Das ist es, was jene Stelle sagt. In der gleichen Lage sind aber auch alle die, welche die an Promenaden und in öffentlichen Gärten aufgestellten Ruhebänke benutzen, welche sich in Wartezimmern aufhalten, Lesehallen besuchen usw. Sie besitzen aber auch nicht einmal die beweglichen Sachen, mit denen solche Räume ausgestattet sind, obwohl sie im körperlichsten Sinne auf den Stühlen und Bänken sitzen, der ausgelegten Bücher und Bilderwerke zu ihrer Unterhaltung sich bedienen, obwohl der Gast im Hotel im Bette liegt und schläft; sie besitzen nicht Teller, Löffel, Tassen und Gläser, woraus und womit sie essen und trinken, noch den Tisch, an dem sie speisen. Es wird gewiß

nicht nötig, diese Gruppe von Beispielen weiter auszumalen. Wenn man aber fragt, weshalb das alles keine Besitzfälle sind, so wird die Antwort kaum anders ausfallen können, als daß wir mit dem römischen Juristen den mangelnden Besitzwillen betonen, und die These lautet also wie vorhin, daß nicht jede Besitzhandlung, nicht jede Ausübung tatsächlicher Gewalt eine Besitzergreifung genannt werden kann. Zwischen haben und haben ist doch ein Unterschied!

10. Der fehlende Besitzwille ist es aber auch, der nach B.G.B. § 855 die Besitzdiener von den Besitzern scheidet, echte detentio nomine alieno, nicht bloß der Wirkung, sondern auch der Absicht nach. Ich bin mir allerdings bewußt, mit solcher Behauptung wieder einmal gegen den Strom zu schwimmen, und muß auch fürchten, daß schon der Pandektenausdruck, den ich eben brauchte, zu dem Vorwurf führen werde, von historischen Reminiszenzen mich nicht befreien zu können. Denn wer den Besitzwillen aus dem Tatbestand des Besitzes gestrichen glaubt, überträgt diese Meinung natürlich auch auf die Gruppe der Besitzdiener und sucht den Rechtssatz, der ihnen den eigenen Besitzschutz versagt (§ 855: so ist nur der andere Besitzer), rein aus dem Unterordnungsverhältnis zu erklären, in dem sie stehen und kraft dessen sie in bezug auf die Sache den Weisungen des Besitzers Folge zu leisten haben. Freilich ist auch das in § 855 enthalten und dient vor allem zur sachlichen Abgrenzung der ganzen Gruppe, die sonach dem Römischen Recht gegenüber auf ein genau umschriebenes Gebiet beschränkt ist. Nicht schlechthin also auf das Willensmoment ist die Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung gestellt, sondern auf jene unselbständige Stellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäft, und nur ein solches Verhältnis ist vom Gesetz als Grund für die Versagung des Besitzschutzes angesehen worden. Gegenüber dieser objektiven Grundlage ist dann aber das Willensmoment keineswegs für gleichgültig erklärt und ganz zurückgewiesen. Denn das Gesetz enthält doch schon in seinem Wortlaut die weitere Voraussetzung, daß die tatsächliche Gewalt über die Sache hier für einen andern ausgeübt werde. Über diese Worte des § 855 geht die übliche Auslegung gern hinweg und möchte ihnen jedenfalls keine besondere Bedeutung zugestehen. Das ist so allgemein verbreitet, daß es sich sogar bei solchen Schriftstellern findet, welche im übrigen den Besitzwillen durchaus als Tatbestandsmoment betrachten. Ausübung der Gewalt für einen andern, das ergibt sich nach dieser Auffassung ganz von selbst als die Folge des Gehilfenverhältnisses, und man ist geneigt, den Willen des Gehilfen ganz zu übersehen und zurückzudrängen, so sehr, daß er selbst dann noch nur für ein Werkzeug fremden Besitzes zu halten sei, wenn er auch den entgegengesetzten Willen habe, die Sache für sich selbst zu er-

langen. Nach CROME[1] entscheidet zwar in erster Linie die Verkehrsauffassung, ob ein bestimmter Erwerb als ein für den Herrn gemachter anzusehen ist; immerhin läßt er doch widersprechendes Verhalten des Vertreters zu und verlangt nur, daß es unzweideutig zutage trete. Andere und zwar wohl die Mehrzahl wollen selbst diese Konzession nicht machen und nehmen auch für § 855 stets nur einen objektiven Tatbestand an. Bei TURNAU-FÖRSTER[2] heißt es: „Die innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses seitens des Besitzdieners erlangte Gewalt gibt dem Besitzherrn unmittelbaren Besitz, gleichviel ob der Wille des Dieners auf diesen Erfolg gerichtet war." Dabei wird Bezug auf eine Stelle[3] der Protokolle der Zweiten Kommission genommen, die sich aber nicht auf den Besitzerwerb, sondern auf den Besitzverlust bezieht. BIERMANN (im Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl.) sagt zu § 855, die Worte „für einen andern" hätten nur die Bedeutung, daß die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft durch den Besitzdiener eben der Ausfluß des Abhängigkeitsverhältnisses sein müsse. Wie aber, wenn sich die angestellte Person den Weisungen des Geschäfts- oder Hausherrn entzieht? Ist ihre Tätigkeit dann auch noch ein Ausfluß der Abhängigkeit? Ist nicht gerade mit solcher Formel auf das Willensmoment notwendig hingewiesen? Die Dissertationen von BURGHOFF, THOMA, EGER (sämtlich aus dem Jahre 1900) sind darin einig, selbst widersprechenden Willen nicht zu berücksichtigen. Etwas schwerfällig und undeutlich ist die Darstellung meines Erachtens bei GIERKE.[4] Der Besitzerwerb durch Vertreter erfolgt nach ihm unabhängig von einer auf Willenserklärung gerichteten Vertretungsmacht und Kundgebung des Willens in fremdem Sinne zu handeln, aber immer nur wenn den Umständen nach der Vertreter dem Vertretenen eine Gewalt verschafft, die sich für diesen als eine gewollte Sachherrschaft darstellt. Darin ist also wohl vom Besitzwillen des Vertretenen, nicht aber von dem Vertretungswillen des Vertreters die Rede.

Für einen anderen, das ist nun sprachlich der Gegensatz des für sich selbst tätig Werdens, und beides kann nach meinem Urteil, da es Ziel und Zweck des Handelns ausdrückt, nicht anders als vom Willen verstanden werden. Das ist hier genau so wie bei den Rechtsgeschäften, wo im Hinblick auf Stellvertretung das Handeln in eigenem Namen und in fremdem Namen sich gegenübersteht, und wo doch kein Zweifel darüber gehegt wird, daß sich der Gegensatz auf Wille und Willenserklärung bezieht. So ist es auch beim Besitz und

[1] System III S. 46.
[2] Liegenschaftsrecht I zu § 855.
[3] Protokolle III S. 36 sub II.
[4] Deutsches Privatrecht II § 115 S. 229/230.

Besitzerwerb. Es war schon JHERING nicht geglückt, darüber ist wohl jetzt kein Streit mehr, das Willensmoment aus der Gegenüberstellung von Besitz und detentio nomine alieno zu entfernen. Mag das Römische Recht noch so sehr dem Vorwurf ausgesetzt sein, bei der Durchführung des Gegensatzes sich in Willkürlichkeiten verstiegen zu haben, erscheint es uns auch als unverständlich, bei dem Haben des Nießbrauchers, Mieters, Pächters, Kommodatars das sibi habere zu leugnen, und bereiten dann ferner dieser Behandlung gegenüber wieder die Fälle des abgeleiteten Besitzes neue Schwierigkeiten, so ist andrerseits doch darüber kein Zweifel möglich, daß die römischen Juristen durch alle diese Klippen und Untiefen sich mit dem Besitzwillen hindurch zu steuern versucht haben und daß sie in allen Einzelheiten immer mit diesem sich abzufinden bemüht gewesen sind. Suo nomine, alieno nomine, das sind eben Willensrichtungen, die das Handeln begleiten, und so können auch für uns bei der Auslegung des § 855 die Worte „für einen anderen" nur in solchem Sinne gedeutet werden.

Mit gutem Grunde ist natürlich so viel einzuräumen, daß bei Personen, deren Stellung unter die Norm des § 855 fällt, der Vertretungswille als das regelmäßige und ordentliche vorausgesetzt werden kann und daß er keineswegs immer einer besonderen Verlautbarung oder Betätigung bedarf. Dagegen, wenn umgekehrt der Besitzdiener für sich selbst den Besitz erwerben will, so entzieht er sich damit der Unterordnung und den Weisungen des Haus- oder Geschäftsherrn und erwirbt auch für sich selbst den Besitz, mag er damit auch dem Herrn gegenüber als ungehorsam und pflichtwidrig sich erwiesen haben. Denn diese Möglichkeit ist auch bei schon vorhandenem Besitz des Herrn nicht ausgeschlossen, daß der Diener sich ihm gegenüber einer Besitzentziehung schuldig macht und sich selbst aneignet, was er für den Herrn hegen und bewahren sollte. So muß also für den Herrn auch Besitzverlust eintreten, nicht freilich schon, wenn der Diener einen solchen Entschluß faßt, wohl aber, wenn er ihn ausführt und durch sein Verhalten zur Sache betätigt. Wenn die 2. Kommission hier den § 813 des ersten Entwurfs fallen gelassen hat, so hat sie das nur getan, weil sie den Inhalt desselben als völlig selbstverständlich betrachtet hat. Ist gegenwärtig lediglich mit § 855 B.G.B. in Verbindung mit § 856 zu rechnen, so folgt aus beiden zusammen gewiß nicht, daß, solange das Unterordnungsverhältnis bestehe, ein widerstrebender, den Weisungen des Herrn sich entziehender Wille des Dieners ganz unberücksichtigt bleiben müsse. Ein loco movere im Sinne der römischen Quellen, eine Interversionshandlung des Dieners muß allerdings gefordert werden. Hier kann man in der Tat die Sätze des Römischen Rechts wiederholen, an deren Richtigkeit auch für uns nicht gezweifelt zu werden braucht.

> Fr. 3 § 18 D. de acq. poss. 41, 2: si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere, sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.
>
> Fr. 47 D. eodem: si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi (permissam, MOMMS.) possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est.

Auch in der zweiten Stelle ist das constituere noch im Sinne des loco movere zu verstehen und somit kein Widerspruch zwischen beiden; denn es handelt sich dabei nur um das Wissen des Besitzherrn und daß ihm der Besitz durch das Verhalten des anderen Teiles hinter seinem Rücken verloren geht.[1] Natürlich ist für uns nicht mehr von Kommodat und Depositum zu sprechen, um jenen Satz zu belegen, da beides ja der Gruppe des § 855 nicht angehört.

11. Nach § 856 endigt der Besitz dadurch, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt. Auch diese Bestimmung ist noch in die Streitfragen über den Besitzwillen hereingezogen. Im Römischen Recht wurde zwischen Besitz- und Eigentumsaufgabe unterschieden; heute dagegen ist in Vergleichung von B.G.B. § 959 beides auf die gleiche Norm gestellt: eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt. Zur Besitzaufgabe braucht also nur noch der Verzichtswille hinzuzukommen. Nun fragt es sich aber, worin denn die Besitzaufgabe besteht und ob das Aufgeben der tatsächlichen Gewalt auch solo animo möglich sei. Aus dem Wortlaut des § 856 bleibt auch hier nichts zu schließen, obwohl das wohl die communis opinio ist. Immerhin kann man aber hier durchaus das Zugeständnis machen, daß schon utilitatis causa es zweckmäßig sei, Dereliktion im tatsächlichen Sinne zu verlangen, sowie das Römische Recht es für den Eigentumsverzicht verlangte. So wenigstens, wenn an den Normalfall des unmittelbaren Besitzers mit eigner Inhabung gedacht wird. Die Römische Besitzlehre begnügt sich freilich mit dem solo animo nolle possidere, doch mag man hier dem Eigentumrechtssatz, zumal wenn beides zusammenfallen soll, den Vorzug geben, ohne daß man fürchten müßte, der Inkonsequenz geziehen zu werden.

12. Die Gruppe der Besitzdiener veranlaßt noch eine Vergleichung mit dem Nebeneinander von Besitz und mittelbarem Besitz. Jeden-

[1] Dazu zu vergleichen v. SAVIGNY, Recht des Besitzes § 33.

falls liegt es ja so, daß bei den unter § 868 fallenden Verhältnissen der Besitz gewisser Personengruppen von dem Auchbesitz derjenigen begleitet ist, von denen sie, wie das Gesetz sich wiederholt ausdrückt, ihr Recht zum Besitze ableiten. Ist diese Formel auch insofern ungenau, als schon nach dem Wortlaut von § 868 neben dem Recht auf den Besitz auch die Pflicht zu besitzen in Betracht kommt (beides als auf Zeit bestehend vorausgesetzt), so ist doch darin völlige Gleichheit aller Fälle, daß es sich stets um ein bestimmtes Rechtsverhältnis des Besitzers zu einem Dritten handelt, kraft dessen er die Sache in Händen hat und das gegen ihn einen Anspruch auf Herausgabe der Sache begründet. Die gesetzliche Vorschrift (§ 868) lautet also, daß neben dem Besitzer, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hat und ausübt und eben deswegen Besitzer derselben ist, auch ein anderer noch Besitzer sei, d. h. als solcher zu gelten habe. „So ist auch der andere Besitzer". Das vom Gesetz selbst festgelegte Wort des mittelbaren Besitzes, d. h. eines Besitzes, der erst dadurch hergestellt und vermittelt wird, daß jenes Rechtsverhältnis besteht und jener Herausgabeanspruch zuständig ist, hat nun in der Literatur (vgl. vor allem Bekker) auch zu dem weiteren Ausdruck des Besitzmittlers geführt, womit die Stellung des Besitzers zu jenem anderen beschrieben werden soll. Anscheinend nahe liegend und wohlbegründet, dennoch aber mit der Gefahr des Mißverständnisses behaftet und nicht ohne Folge für die ganze Auffassung vom Wesen des mittelbaren Besitzes.

Denn die Vorstellung eines Mittlers führt von selbst zu der Vergleichung mit der Gruppe der Besitzdiener und zu der Neigung, beide zu einer gemeinschaftlichen Gruppe zusammenzufassen, die dann, wenn man ehrlich sein will, doch nur als detentio nomine alieno bezeichnet werden könnte, und diese Gruppe wäre in sich in die Detentoren mit eigenem Besitzschutz und solche ohne denselben einzuteilen. Wer die Besitzliteratur des letzten Jahrzehntes kennt, weiß, daß diese Neigung mehrfach hervorgetreten ist, am ausgeprägtesten wohl bei Gierke,[1] dessen Auffassung doch darin gipfelt, daß auch dem mittelbaren Besitz eine eigentliche und in Wirklichkeit vorhandene Sachherrschaft zugrunde liege, eine Sachherrschaft, die dem mittelbaren Besitzer gegenüber dem unmittelbaren die Stellung eines Besitzherrn verschaffe. Gierke leitet daraus die Unterscheidung von Unterbesitz und Oberbesitz ab, nach dem Muster natürlich der Eigentumslehren des Deutschen Rechts, eine tatsächliche Herrschaft, deren Anerkennung als Besitz den Lebensanschauungen völlig entspreche.

[1] Ich begnüge mich, an dieser Stelle von seinen mehrfachen Äußerungen zur Sache die letzte zu zitieren, die Darstellung im Deutschen Privatrecht, Band II, insonderheit S. 218, 220.

Bei solchen Thesen besteht die Gefahr, den unmittelbaren Besitz in seinem Werte herabzusetzen und jenem Besitzherrn ihm gegenüber Rechte einzuräumen, die den unmittelbaren Besitz verkümmern, Selbsthilfebefugnisse sowohl als Besitzansprüche. Dem Besitzherrn entspricht nur gar zu selbstverständlich der Besitzdiener, und man wird dadurch zur Umkehrung des § 868 gedrängt: Auchbesitzer ist nach jener Theorie nicht der Oberbesitzer, sondern der Unterbesitzer, ein Gehilfe höherer Art und Stellung, der sich dadurch von anderen Gehilfen abhebt, daß ihm auch in seiner Person die Vorteile des Besitzes und Besitzschutzes vergönnt sein sollen. Nur so könnte die wirkliche Sachherrschaft des Oberbesitzers zu ihrer Rechtfertigung gelangen, d. h. durch Denaturierung oder Degradierung des unmittelbaren Besitzers. Genau das Gegenteil also von dem, was § 868 enthält.

Ich beabsichtige nun freilich keineswegs, den Streit darüber an dieser Stelle zu erneuern, sondern will nur zeigen, wie in Sachen des Willensmomentes beide Gruppen, die des § 855 und die des § 868, sich von einander unterscheiden. Die Besitzdiener des § 855 üben die tatsächliche Gewalt über die Sache für einen anderen aus, und eben dadurch ist dieser andere der Besitzer (das Unterordnungsverhältnis dabei natürlich vorausgesetzt!). Eben das kann man aber von der Gruppe der sogenannten Besitzmittler nicht sagen; sie üben weder die Gewalt für den mittelbaren Besitzer aus, noch stehen sie in einem Verhältnis zu ihm, daß sie seinen Weisungen in bezug auf die Sache Folge zu leisten hätten. Eben deswegen halte ich den von Bekker gewählten Ausdruck „Besitzmittler" für unrichtig und irreführend. Wohl ist der Auchbesitz ein mittelbarer Besitz, weil er auf einem vermittelnden Rechtsverhältnis beruht. Doch ist die Sachherrschaft, die der mittelbare Besitzer nach Gierkes Meinung ausübt, in Wirklichkeit nicht tatsächliche Gewalt über die Sache; sie ist vielmehr nur Personen- oder Rechtsherrschaft, hat einen Anspruch als Grundlage und nur kraft desselben vermag der mittelbare Besitzer eine Macht auszuüben. Seine Macht ist nur durch das Rechtsgebot getragen, und ist Macht nur in solchem Sinne, wie man jedes subjektive Recht als eine Macht zu bezeichnen pflegt. Überdies ist der Herausgabeanspruch in vielen Fällen nicht einmal ein gegenwärtig fälliger, sofort zu gebrauchender, sondern hängt noch meist von besonderen Voraussetzungen ab, die vielleicht erst nach langer Zeit, vielleicht auch gar nicht erfüllt werden. Pfandgläubiger, Nießbraucher, selbst Mieter und Pächter können die Herausgabe bis auf weiteres durchaus verweigern, und wenn der mittelbare Besitzer sich der Sache unterwinden und sie an sich nehmen würde, so würde er nicht nur verbotene Eigenmacht begehen, sondern sich auch strafbar machen. So erweist sich jene eigene Sachherrschaft des Oberbesitzers (dieses letztere Wort kann man sich ruhig

gefallen lassen) als etwas durchaus nur Gedachtes. Selbst die Verteidiger eines möglicherweise etwas idealisierten Gewaltbegriffes (im Sinne GOLDSCHMIDTS von der Bedeutung der Verkehrsanschauung) sind doch nicht geneigt, wie der PLANCKsche Kommentar, 3. Aufl., zeigt, dem mittelbaren Besitzer eine tatsächliche Sachherrschaft zuzugestehen![1]

Ich betrachte also den mittelbaren Besitz als eine vom Gesetz angeordnete, im einzelnen Fall ipso jure eintretende Reflexwirkung des Rechtsverhältnisses[2] zwischen dem Besitzer und dem, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet. Der letztere soll auch Besitzer sein, damit gesteht ihm das Gesetz ebenfalls die Besitzrechte zu, bei denen aber im einzelnen immer noch zu untersuchen bleibt, wie weit sie auch dem unmittelbaren Besitzer gegenüber durchgeführt werden können. Über das letztere dürfte jetzt auch kein Zweifel mehr bestehen, und GIERKES Meinung erscheint in dieser Beziehung ebenso abgelehnt, wie die meinige, die die Folgerungen aus dem Wesen des mittelbaren Besitzers allzu einseitig übertrieben hatte.

Die Besitzstellung des mittelbaren Besitzers ist aber von dem Willen der beteiligten Personen ganz unabhängig, weil eben kraft des Gesetzes vorhanden. Weder der eine noch der andere der beiden Beteiligten kann diese Rechtsfolge ihres Verhältnisses zu einander von sich abwehren, vor allem der unmittelbare Besitzer muß sich jene Konkurrenz des mittelbaren Besitzes durchaus gefallen lassen, und solange das vermittelnde Rechtsverhältnis besteht, kann er sie nicht von sich abschütteln. Nur durch Lösung jenes Verhältnisses vermögen beide auch den mittelbaren Besitz zu beendigen. Allerdings kann der letztere an Dritte übertragen werden, sei es zum Zweck

[1] Unklar bleibt dabei freilich GREIFFS Meinung ebenfalls noch, a. a. O. S. 66—67. Er sagt: nicht in einem bloßen Anspruch auf Herausgabe der Sache könne das Wesen des mittelbaren Besitzes gefunden werden, sondern auch er sei eine tatsächliche Beziehung der Person der Sache; allerdings nicht eine solche, die nach der Verkehrsanschauung Herrschaft über die Sache gebe, sondern eine Beziehung, die auf der Sachherrschaft des unmittelbaren Besitzers und seiner Anerkennung einer besonderen Verpflichtung zur künftigen Überlassung der Sachherrschaft beruhe und deshalb dem mittelbaren Besitzer eine besonders gesicherte Anwartschaft auf die Sache gewähre. Mit Verlaub, Ihr Herren! Das ist doch eben das Rechtsverhältnis und der Anspruch, von dem ich meinerseits ausgegangen bin, höchstens noch verstärkt um die Anerkennung des Anspruchs durch den Besitzer. Um was streiten wir denn eigentlich? Ich kann nicht finden, daß GREIFF über das Wesen des mittelbaren Besitzes eine andere Vorstellung hat, als ich sie aufgestellt habe, und daß seine Ablehnung meiner Auffassung daher auf ihn selbst zurückfällt. Jene besonders gesicherte Anwartschaft ruht eben auf dem Herausgabeanspruch.

[2] Vgl. dazu auch den Wortlaut von § 930: ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen usw.

der Eigentumsübertragung, sei es zu anderen Zwecken; aber auch das geht die Grundlage des Besitzes an, nämlich den Herausgabeanspruch, dessen Abtretung zur Übertragung des mittelbaren Besitzes führt. Für den unmittelbaren Besitzer bleibt aber mit dem Römischen Recht zu sprechen übrig: nemo sibi causam possessionis mutare potest. Der detentor nomine alieno, so im heutigen Recht wie im Römischen Recht, kann sich durch Untreue zum Selbstbesitzer machen und den Besitz des Besitzherrn damit beendigen. Das kann aber heute dem mittelbaren Besitz gegenüber nicht geschehen; denn der unmittelbare Besitzer kann seine rechtlichen Beziehungen zum mittelbaren Besitzer nicht einseitig ändern. Man streitet wohl noch darüber, ob Mieter, Pächter, Nießbraucher usw. nicht durch einseitige Erklärung den mittelbaren Besitz zu beendigen vermöchten,[1] unterstellt dabei aber schon Beispiele, die eine wenigstens putativ angenommene Beendigung des Rechtsverhältnisses selbst voraussetzen, nämlich daß etwa der Mieter dem Vermieter erklärt, er erkenne das Mietverhältnis nicht mehr an, weil er erfahren habe, daß er Eigentümer sei und die Sache daher als seine eigene besitze. Das ist aber in Wirklichkeit kein geeigneter Beweis, eben weil Beendigung der Miete unterstellt wird und deswegen die Erklärung des Mieters gar nicht für sich allein in Betracht kommt.

13. Über die Fähigkeit von Kindern und Geisteskranken, Besitz durch eigene Handlungen zu erwerben, haben schon die römischen Juristen ihre Meinungsverschiedenheiten gehabt, die in der Tat von dem Erfordernis des animus possidendi ihren Ausgang nahmen und die Möglichkeit desselben in Frage zu stellen suchten. Das Wort: nullus sensus infantium bildete den Angelpunkt der Streitfrage; in strenger Anwendung hätte dasselbe freilich auch dazu führen müssen, auch der tutoris auctoritas alle Bedeutung abzusprechen, so wie wir heute doch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nur bei den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen, nicht bei den Geschäftsunfähigen ihre Stelle anweisen. Was als das letzte Wort des corpus juris zu gelten habe, ist bekanntlich streitig geblieben und so sind die Pandekten nicht zu einem ius certum et indubitatum gelangt. Da das B.G.B. jetzt eine besondere, hierauf bezügliche Norm nicht aufgenommen hat, so ist es kein Wunder, daß auch jetzt die Meinungen auseinander gehen. Immerhin betrifft der Streit doch weniger den aufzustellenden Rechtssatz als solchen als die zur Begründung desselben dienenden Anschauungen. Im großen und ganzen lehrt man jetzt in ziemlicher Einstimmigkeit die Möglichkeit eines selbständigen Besitzerwerbes auch durch geschäftsunfähige Personen und empfindet

[1] Vgl. Greiff im Planckschen Kommentar 3. Aufl. III S. 64 sub β.

nur allenfalls das Bedürfnis nach einer genaueren Begrenzung mit Rücksicht auf das allerfrüheste Kindesalter und dessen noch traumhaften Entwickelungszustand. Zu diesem Ergebnis kommen nun die einen, weil sie für den Besitzerwerb das Willensmoment überhaupt ausschalten und auf die Willensunfähigkeit also keine Rücksicht mehr zu nehmen brauchen, die anderen aber, weil sie zwar den Besitzwillen für unentbehrlich halten und ungewollten Besitz ablehnen, den erforderlichen Besitzwillen aber auch bei Kindern und Geisteskranken noch in ausreichender Weise und Bestimmtheit vorhanden finden, und den § 105 B.G.B. (Nichtigkeit der Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen) damit erledigen, daß sie den Besitzerwerb weder als ein Rechtsgeschäft noch auch nur als eine Willenserklärung gelten lassen und die Geschäftsfähigkeit damit für gleichgültig erklären.

Diese letzte Auffassung ist in hohem Maße verbreitet und hat eigentlich nur an ENDEMANN[1] einen namhaften Gegner, der auch für Rechtshandlungen, die nicht zu den Rechtsgeschäften noch zu den Willenserklärungen gehören, doch von der Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit nicht glaubt absehen zu dürfen. „Es ist", sagt er, „eine zwingende gesetzliche Grundnorm, daß Wille und Erwerbshandlung eines Geschäftsunfähigen absolut jeder rechtlichen Bedeutung darbt." Wenn hier etwa die „Grundnorm" so gemeint sein sollte, daß sie sich auch ohne gesetzliche Sanktion von selbst verstehe, so wird gerade diese Meinung keinen Beifall verdienen. Die Behauptung, es sei zweifellos, daß der Geschäftsunfähige nicht imstande sei, einen auch nur verkehrmäßig anerkennungswürdigen Besitztatbestand herzustellen, ist selbst in der Beschränkung auf Grundstücke und wertvollere Fahrnis ein unbewiesenes Postulat, und die daraus abgeleitete Folgerung, der Geschäftsunfähige könne im Sinne des Gesetzes mit Rechtsfolgen nicht selbständig eine Sache finden, wird am wenigsten geeignet sein, jenes Postulat glaubwürdig zu machen. Dabei ist zwar an die Pflichten und die Haftung des Finders gedacht, in der Meinung, daß, wer Kinder damit nicht belasten wolle, auch die Rechte des Finders nicht zugeben dürfe. Allein das eine wie das andere ist zunächst vom Besitzerwerb des Finders noch unabhängig. Wer eine gefundene Sache an sich nimmt (B.G.B. § 965), hat sie doch und übt tatsächliche Gewalt über sie aus und tut das auch mit Absicht und Bewußtsein, selbst wenn er noch im Kindesalter steht oder als geisteskrank bezeichnet werden müßte. „Aus guten Gründen", sagt ENDEMANN weiter, „hütet man sich, dem Kinde Besitz an einer goldenen Uhr oder einem Tausendmarkschein einzuräumen." Ich glaube nicht, daß „man" so

[1] Lehrbuch 8. Aufl. II § 34, S. 182, 183.

ängstlich ist und bei dem Besitzerwerb der Kinder immer nur an Äpfel, Nüsse und Spielzeug denkt. Gerade das Finden sollte meines Erachtens das Gegenteil beweisen. Selbst wenn das Kind den Wert des Gefundenen noch nicht genau zu würdigen wissen sollte und ihm Gold noch alles ist, was glänzt, so ist doch weder beim Finden noch auch beim Stehlen von einem unzulänglichen Besitzwillen zu sprechen. Wie viele Kinder werden nicht schon im frühen Alter schon zum Stehlen angehalten und eingeübt!

So verteidige ich ebenfalls den freien Besitzerwerb auch der Geschäftsunfähigen und berufe mich mit dem Römischen Juristen auf die res facti magis quam juris und sehe die gleiche Entscheidung auch als die vom corpus juris schon überlieferte an. Daran kann auch ENDEMANNS „ungelöste Frage" nichts ändern, welcher Art dann der von einem Geschäftsunfähigen erlangte Besitz sein könne, — er meint, daß keine der vom Gesetz angeführten Besitzarten hier passe und daß man auf diese Weise genötigt werde, eine besondere Besitzherrschaft, ohne Eigenbesitz oder Besitzvermittelung, zu unterstellen, und fragt, wie das gedacht werden solle?

Darauf ist nun freilich leicht zu antworten, sobald man sich von der Meinung freimacht, daß die Geschäftsunfähigen jedenfalls vom Eigenbesitz ausgeschlossen seien, weil der dazu erforderliche Wille bei ihnen nicht in rechtlich ausreichender Weise vorhanden sein könne. So urteilen auch diejenigen zum Teil noch, welche die Geschäftsunfähigen nur deswegen zum Besitzerwerb zulassen, weil dazu ein Besitzwille nach heutigem Recht nicht mehr erforderlich sei. Also zwar Besitz der Kinder und Geisteskranken, aber kein Eigenbesitz, so glaubt man lehren zu müssen. Das führt von selbst zu jener Frage ENDEMANNS, wie das gedacht werden könne. Die einzig mögliche und denkbare Antwort kann nur sein: es liegt doch Eigenbesitz vor; denn einen Besitz schlechthin, der weder Eigen- noch Fremdbesitz wäre, gibt es nicht; darin hat ENDEMANN ganz recht.

Wiederum zeigt sich die Unentbehrlichkeit des Willensmomentes: jeder Besitz muß von seiten des Willens her seine nähere Beschreibung finden können. Wohl sind die von hier ausgehenden Unterscheidungen für den Besitzschutz gleichgültig, und so kommt es, daß das Gesetz den Eigenbesitz mit § 872 so gleichsam nur nebenher und terminologisch aufführt; daraus folgt aber nicht, daß im Tatbestand das Willensmoment nicht vorhanden sei und nicht vorhanden zu sein brauche. Bei den Geschäftsunfähigen wird es sich in der Regel um Eigenbesitz handeln; denn dazu führt der gewöhnliche Apprehensionswille, der ein sibi habere doch in den meisten Fällen zur Grundlage hat. Wer den Eigenbesitz der Geschäftsunfähigen glaubt ablehnen zu müssen, verneint damit ihren selbständigen Besitzerwerb überhaupt.

Unter dem Worte Fremdbesitz sucht man wohl alle die Möglichkeiten zusammenzufassen, die dem Eigenbesitz gegenüberstehen, und unterscheidet im einzelnen dann wohl Verwaltungsbesitz, Nutzungsbesitz, Verwahrungsbesitz (JHERING: prokuratorische und eigennützige Detention, vom Standpunkt des Römischen Rechts aus). Aber, um es zu wiederholen, einen Besitz, der nicht irgendwie in solcher Weise nach Grund und Zweck des Habens und Nehmens beschrieben werden könnte, gibt es nicht. Wir sind vorhin vom Finden und Stehlen ausgegangen; andere haben ihre Beispiele mehr von der Übergabe irgendwelcher Sache aus genommen, also vom Traditionserwerbe; überall entspricht dem aber als das Nächste und Gewöhnliche der Eigenbesitz, soweit nicht durch die Veranlassung der Vorgänge (causa possessionis) eine andere Richtung des Besitzwillens erbracht wird.

14. Und nun die Frage, was denn der Eigenbesitz so Besonderes sei, daß er um des Willens halber bei den Geschäftsunfähigen abgelehnt werden mußte? Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer, sagt B.G.B. § 872. Wird nun dadurch aber in die Erwerbshandlung mehr von Rechtsgeschäft und Willenserklärung hineingelegt, daß man deswegen zur Anwendung von B.G.B. § 105 geführt würde? Ich wage die Behauptung, daß der Eigenbesitz den gewöhnlichen und normalen Besitzfall darstellt. Nicht um das zu verleugnen, erscheint der Eigenbesitz erst ganz am Schlusse des Besitzabschnittes im Gesetz; sondern die Absicht davon geht doch nur dahin, den animus rem sibi habendi nicht mehr zur begrifflichen und bedingenden Voraussetzung des Besitzschutzes zu machen. Das bedeutet aber keine Verdrängung des animus domini aus dem gewöhnlichen Besitztatbestand.

Dieser so geartete Besitzwille hat aber nichts an sich und in sich, um dessen willen man die res facti magis quam juris zu verleugnen nötig hätte und zu Rechtsgeschäftsregeln und Voraussetzungen greifen müßte. ENDEMANN behauptet zwar, es müsse völlige Rechtsunsicherheit eintreten, wenn man die zwingende Norm des § 105 B.G.B. nicht zur Anwendung bringe, und behauptet ferner, daß der Herrschaftswille eines Verkehrunfähigen keine rechtliche Wertung finde, die soziale Anerkennung einer Besitzherrschaft stehe in Abhängigkeit davon, ob dem Ergreifer der Sache ein der Bedeutung seiner Handlung entsprechendes Verständnis zuzuerkennen sei. Aber alles das sind doch nur postulierende Behauptungen, deren Richtigkeit von anderen keineswegs zugegeben wird und die durch das Beispiel des mit Größenwahn behafteten Geisteskranken, der sich einer fremden Hütte als seines Jagdschlosses bemächtigt habe, auch nicht wahrscheinlicher gemacht wird. Daß ihn Verwandte, der Arzt, die Polizei herausholen dürfen, ist sicherlich kein Beweis. Denn das

öffentliche Recht steht zu allen Zeiten über dem Privatrecht und jene Maßregeln sind auch dem wohlbegründeten Besitz gegenüber möglich, den nicht der Geisteskranke selbst herbeigeführt hat. Und selbst wenn in der Reihe jener Personen auch der Eigentümer jener Hütte noch mit aufgeführt wird, so mag sich auch noch fragen lassen, ob derselbe im Dienst und Interesse der öffentlichen Ordnung tätig wird oder nur von seinem privatrechtlichen Standpunkt aus. Rein nach den Sätzen des bürgerlichen Rechts aber wäre meines Erachtens noch verbotene Eigenmacht anzunehmen und an der Zuständigkeit der Besitzklagen kein Zweifel. Man braucht neben dieses Beispiel nur wieder die Fälle des Findens und Stehlens zu halten. Wohl schützt den Geisteskranken seine Unzurechnungsfähigkeit vor der Strafe des Diebstahls und im gewöhnlichen Fall (d. h. soweit nicht § 829 B.G.B. eingreift) auch vor der zivilrechtlichen Deliktshaftung; Besitz aber, und zwar Eigenbesitz ist dennoch vorhanden, und auch an der condictio sine causa braucht nicht gezweifelt zu werden. Das „Halten" eines Tieres nach § 833 ist schon anderer Art, und es kann zugegeben werden, daß eine Haftung aus § 833 den Geschäftsunfähigen deswegen nicht treffen kann, weil er den Tatbestand des Haltens nicht mit jener Wirkung herstellen kann. Das kann aber in jener reinen Besitzfrage nicht ins Gewicht fallen, so daß ein solcher Einwand nicht hätte gemacht werden sollen.

15. Wie steht es ferner mit der Behauptung ENDEMANNS, das Besitzverhältnis sei stets als ein einheitliches aufzufassen? An jeden Besitzerwerb, sagt er, schließen sich bestimmte Rechtsfolgen und können sich Haftungen anschließen. Die These geht nun dahin, daß man den Besitzerwerb als solchen nicht zugeben dürfe, wenn man Grund zu haben glaube, jene Rechtsfolgen zu beanstanden: „in allen diesen Fällen kann nicht die nackte tatsächliche Gewalt den entscheidenden Grund für die Haftung abgeben; diese wird vielmehr verordnet, weil der Besitz bestimmte rechtliche Verpflichtungen ausscheidet, die nach der in ihm enthaltenen Rechtsmacht abgemessen werden." Vgl. ENDEMANN § 25 Anm. 34. Dem kann ich nicht zustimmen, wenigstens nicht, so lange der Satz so gemeint ist, daß die Gewährung des Besitzschutzes den legislativen Grund für die Aufstellung jener Haftung abgebe. Mit dem gleichen Recht könnte man ja auch umgekehrt einen legislativen Zusammenhang annehmen, und die Wissenschaft wäre um einen Grund des Besitzschutzes, wonach ja noch immer gesucht wird, reicher: weil mit dem Besitz der Sache Verbindlichkeiten und Haftungen verknüpft sind, hat darum auch der Besitzschutz seine Rechtfertigung. Man wird aber weder das eine noch das andere für richtig halten können, und jene Einheitlichkeit des Besitzverhältnisses besteht nicht die Probe. Denn man darf auch wohl sagen, daß die an den Besitz angeschlossenen Haftungen selbst

dann ihre volle Rechtfertigung finden würden, wenn ein Besitzschutz und jura possessionis überhaupt nicht aufgestellt sein würden. Eben deswegen war auch im Römischen Recht die Passivlegitimation bei der Eigentumsklage nicht an den juristischen Besitz geknüpft, sondern omnes qui habent et tenent waren mit jener Haftung belegt, weil jedes Haben die facultas restituendi in sich trägt. Um bei dem ENDEMANNschen Beispiel von dem mit Größenwahn behafteten Geisteskranken zu bleiben, soll man gegen ihn den Herausgabeanspruch des Eigentümers oder früheren Besitzers (denn auch bewegliche Sachen sind mit herangezogen) verweigern, weil er etwa durch die Ergreifung der Sache nicht Besitzer derselben geworden ist? soll auch eine Entziehung des Besitzes dadurch nicht herbeigeführt, verbotene Eigenmacht nicht begangen sein, daß die Besitzklage nach § 861 ausgeschlossen bleiben müßte? Wer das im Sinne ENDEMANNS bejaht, würde den betroffenen Eigentümer immer nur auf Selbsthilfe d. h. auf Austreibung des Geisteskranken anweisen, und gerade dieses Ergebnis kann meines Erachtens keinen Beifall verdienen.

Am wenigsten wird es berechtigt sein, die vom Gesetz an Erwerb und Dasein des Eigenbesitzes geknüpften rechtlichen Vorteile für die Geschäftsunfähigen zu beanstanden, also bei Besitzergreifung herrenloser Sachen mit dem Eigentumserwerb zurückzuhalten oder überhaupt bei beweglichen Sachen die Ersitzung und den Fruchterwerb (B.G.B. § 955) auszuschließen. Denn auch, daß in den beiden letztgenannten Beziehungen zum Eigenbesitz noch der gute Glaube hinzukommen muß, wird an der rechtlichen Lage nichts ändern können. Damit ist freilich aufs neue, wenn auch nicht ein Willens-, so doch ein Wissensmoment aufgestellt, ohne daß jedoch der Mangel der Geschäftsfähigkeit dabei zu einem Bedenken zu führen vermöchte. Da der gute Glaube ja einen Irrtum oder ein Nichtwissen bedeutet, das nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht (B.G.B. § 932 Abs. 2), so ist damit nichts verlangt, das etwa bei Kindern und Geisteskranken nicht angenommen werden dürfte.

16. Zuletzt kommt noch die Besitzaufgabe in Betracht und die Behauptung, daß jedenfalls dazu die Geschäftsunfähigen nicht selbstständig imstande sein könnten. Dabei beruft man sich auch auf B.G.B. § 107, wonach selbst die in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkten Personen an die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters gebunden sind, wenn etwas anderes als nur die Erlangung eines rechtlichen Vorteiles in Frage ist. Wiederum ist dabei freilich von Willenserklärungen die Rede; und da man an die Besitzaufgabe solo animo denkt, so glaubt man natürlich, es mit einer Willenserklärung zu tun zu haben. Wer aber, wie oben verteidigt, die Besitzaufgabe solo animo ohnehin verwirft und nach dem Muster des Römischen Rechts

die Eigentumsdereliktion für das maßgebende Vorbild auch der Besitzaufgabe betrachtet, für den bedeutet das Aufgeben der tatsächlichen Gewalt notwendig schon den Detentionsverlust. Von diesem Standpunkt aber können die Rechtsgeschäftsregeln überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommen, da schon die Beendigung der rein körperlichen Besitzvoraussetzung den Verlust des Besitzes nach sich ziehen müßte, selbst wenn es ein Kind ist oder ein Geisteskranker, der etwas von sich wirft und in diesem Sinne den Besitz aufgibt.

**Konrad Cosack**
**Bonn.**

# Eigne Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft.

I. 1. Daß eine Aktiengesellschaft eigne Aktien erwirbt,[1] ist durch die Regeln unsres H.G.B. zwar etwas erschwert, aber doch nicht unmöglich gemacht. Wir müssen nämlich nach dem H.G.B. drei verschiedene Gruppen des Erwerbes eigner Aktien unterscheiden.

a) Eine Aktiengesellschaft erwirbt eigne Aktien, auf die die vorgeschriebene Einlage noch nicht voll bezahlt ist, im regelmäßigen Geschäftsbetriebe. Hier ist der Erwerbsakt vom Gesetz geradezu für nichtig erklärt. Der Erwerb ist der Aktiengesellschaft also unmöglich gemacht.[2]

b) Eine Aktiengesellschaft erwirbt vollbezahlte eigne Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe, ausgenommen den Fall, daß der Erwerb in Ausführung einer Einkaufskommission geschieht. Hier ist der Erwerbsakt vom Gesetz zwar verboten,[3] aber nicht für nichtig erklärt: wenn der Vorstand in der gedachten Art Aktien für die Aktiengesellschaft erwirbt, geht der Erwerb rechtsgültig vonstatten; die schuldigen Vorstandsmitglieder müssen aber für den Schaden, der der Gesellschaft etwa durch den Erwerb erwächst, persönlich aufkommen.[4] Der Erwerb ist der Aktiengesellschaft also zwar nicht unmöglich gemacht, aber doch wesentlich erschwert.

c) Eine Aktiengesellschaft erwirbt vollbezahlte eigne Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe in Ausübung einer Einkaufskommission, oder sie erwirbt vollbezahlte oder nicht vollbezahlte eigne Aktien außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes. Hier ist der Erwerbsakt vom Gesetz nicht verboten. Der Erwerb ist der Aktien-

[1] Die einzige mir bekannte Monographie über dies Thema ist die Schrift von Runkel-Langsdorff, Die Folgen des Erwerbs eigner Aktien durch die Aktiengesellschaft (06); das Manuskript zu meiner Abhandlung war im wesentlichen bereits abgeschlossen (Mitte Oktober 06), als diese Schrift erschien.

[2] H.G.B. 226 Abs. 2 Satz 2.

[3] H.G.B. 226 Abs. 1.

[4] H.G.B. 241 Abs. 3 Nr. 3. Siehe auch H.G.B. 249 Abs. 3.

gesellschaft also nicht nur nicht unmöglich gemacht, sondern nicht einmal erschwert.

2. a) Unter den Fällen, in denen nach der Übersicht zu 1. eine Aktiengesellschaft rechtsgültig ihre eignen Aktien erwirbt, ist tatsächlich der häufigste der, daß der Erwerb im regelmäßigen Geschäftsbetriebe in Ausführung einer Einkaufskommission geschieht; im Verkehr der großen Aktienbanken gehört dieser Fall sogar zu den allergewöhnlichsten, alltäglichen Vorkommnissen. Dabei pflegen die Banken, was besonders betont werden mag, die Einkaufskommission durch Selbsteintritt auszuführen; sie schaffen also die einzukaufenden eignen Aktien nicht, wie man zunächst erwarten sollte, für Rechnung der Kommittenten, sondern für eigne Rechnung an und liefern sie demnächst den Kommittenten als Selbstverkäufer.

b) Lange nicht so häufig ist der Fall, daß die Aktiengesellschaft ihre eignen Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe unabhängig von einer ihr erteilten Einkaufskommission erwirbt, begreiflich genug, weil ja diese Art des Erwerbes, wie wir gesehen haben, gesetzlich verboten ist. Doch wäre es verfehlt anzunehmen, daß jener Erwerb geradezu eine Seltenheit wäre. Denn es gibt Gründe genug, lautere wie unlautere, die den Vorstand einer Aktiengesellschaft bestimmen können, sich über das Verbot hinwegzusetzen. Lautere: der Vorstand rechnet z. B. bestimmt auf eine spätere Steigerung des Kurses der Aktien und kauft deshalb als getreuer Vertreter der Interessen seiner Gesellschaft die Aktien zu dem jetzigen, wie er meint, sehr billigen Preise, um sie später zu dem höheren Kurse weiterzuverkaufen. Unlautere: die Vorstandsmitglieder fürchten z. B. umgekehrt ein Fallen des Kurses der Aktien, wollen aus diesem Grunde die ihnen privatim gehörigen Stücke schleunigst verkaufen und treiben deshalb zunächst den Kurs noch einmal mutwillig in die Höhe, indem sie die Aktiengesellschaft selbst ihre Aktien zu jedem beliebigen Preise kaufen lassen; daß die Gesellschaft dadurch schwer geschädigt wird und sie selber den Schaden zu ersetzen haben, kümmert sie nicht, weil sie hoffen, Aufsichtsrat und Generalversammlung werde den Vorfall nicht entdecken.

c) Noch minder häufig ist der Fall, daß die Aktiengesellschaft ihre eignen Aktien außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes erwirbt. Ob Anlaß zu einem solchen Erwerbe vorliegt, hängt ganz und gar vom Spiel des Zufalls ab. Hierher gehörige Beispiele sind die folgenden:

α) Eine Aktiengesellschaft, die mit einem ihrer Aktionäre in Streit geraten ist, legt zur Vermeidung größerer Verluste den Streit durch einen Vergleich bei. Eine der Klauseln des Vergleichs besagt, daß der Aktionär aus der Gesellschaft gänzlich ausscheidet, indem

die Gesellschaft ihm seine sämtlichen Aktien zu einem bestimmten Preise abnimmt.

β) Eine kleine Aktiengesellschaft steht in engen Beziehungen zu einer großen und hat ebendeshalb einen stattlichen Posten von deren Aktien erworben. Später werden beide Gesellschaften durch Fusion derart miteinander vereinigt, daß die große Gesellschaft das ganze Vermögen der kleinen übernimmt.

γ) Ein langjähriges Vorstandsmitglied stirbt, nachdem es der Gesellschaft testamentarisch seinen gesamten eignen Aktienbestand vermacht hat.

3. a) Hat eine Aktiengesellschaft außerhalb ihres regelmäßigen Geschäftsbetriebes eigne Aktien erworben (2 c), so darf sie sie solange behalten, als es ihr angemessen erscheint, also unter Umständen Jahre lang.

b) Anders steht es mit den Aktien, die die Gesellschaft im regelmäßigen Geschäftsbetriebe unabhängig von einer ihr erteilten Einkaufskommission erworben hat (2 b): diese wird die Gesellschaft so bald als möglich wieder abzustoßen haben; denn ihr Erwerb ist ja gegen ein gesetzliches Verbot erfolgt. Dies gilt selbst dann, wenn der Gesellschaft beim Festhalten der Aktien in absehbarer Zeit ein sicherer Gewinn in Aussicht steht: das Gesetz will es eben nicht haben, daß sie im regelmäßigen Geschäftsbetriebe mit ihren eignen Aktien spekuliert. Ja die sofortige Weiterveräußerung der Aktien ist sogar dann geboten, wenn die Gesellschaft dadurch positiv geschädigt wird; denn sie ist ja in der Lage, den Schaden auf die schuldigen Vorstandsmitglieder abzuwälzen; auch würde, wenn sie mit der Weiterveräußerung der Aktien noch länger warten würde, ihr Schaden möglicherweise noch größer werden. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn die Abwälzung des Schadens auf andre Personen, z. B. wegen deren Zahlungsunfähigkeit, untunlich und eine spätere Besserung des Kurses der Aktien mit großer Sicherheit zu erwarten ist.

c) Noch anders endlich ist die Rechtslage, wenn die Gesellschaft eigne Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe in Ausführung einer Einkaufskommission erwirbt (2 a). Hier ist nämlich zwischen dem Fall zu unterscheiden, daß der Kommittent zur ordnungsmäßigen Abnahme der für ihn eingekauften Aktien bereit ist, und dem Fall, daß er diese Abnahme verweigert.

α) Im ersteren Fall ist die Gesellschaft zur sofortigen Abstoßung der Aktien, nämlich zu ihrer sofortigen Übertragung auf den Kommittenten verpflichtet. Denn offenbar ist ihr die Annahme der Einkaufskommission vom Gesetz nur unter dieser Voraussetzung gestattet worden.

β) Umgekehrt kann die Gesellschaft in letzterem Fall die Aktien beliebig lange behalten, gerade so, wie wenn sie sie außerhalb des re-

gelmäßigen Geschäftsbetriebes erworben hätte. Denn ihr Erwerb war ja ein gesetzlich erlaubter, und ein besondrer Anlaß, die Aktien möglichst rasch wieder zu veräußern, fehlt. So auch dann, wenn der Kommittent die Abnahme zu Unrecht verweigert und zum Ersatz des Schadens, der der Gesellschaft durch die sofortige Weiterveräußerung erwachsen würde, tatsächlich sehr wohl imstande ist. Wäre doch ein übereilter Verkauf der Aktien auch unter diesen Umständen für die Gesellschaft nicht unbedenklich: würde sie nämlich den Kommittenten für den Schaden haftbar zu machen suchen, so würde sie sich leicht um seine und seines Anhangs Kundschaft bringen und dadurch mittelbar einen weit größeren Schaden erleiden als den, den der Kommittent ihr ersetzen würde.

4. Damit sind die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen bestimmt, unter denen eigne Aktien als Bestandteile des Vermögens einer Aktiengesellschaft vorkommen können. Es ist nun zu untersuchen, wie sich die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft in Ansehung solcher ihr selbst gehöriger eigner Aktien gestalten.

II. 1. Die Regel, daß eine Aktiengesellschaft unter gewissen Voraussetzungen rechtsgültig ihre eignen Aktien erwerben kann, bedeutet zunächst, daß sie im Fall eines solchen Erwerbes Eigentümerin ihrer eignen Aktienbriefe, also gewisser von ihr selbst ausgestellter Wertpapiere wird. Denn wenn die maßgebende Gesetzesstelle von dem Erwerbe der „Aktien“ spricht, versteht sie unter „Aktien“ tatsächlich weiter nichts als „Aktienbriefe“. Das folgt namentlich daraus, daß ebendiese Gesetzesstelle neben den „Aktien“ als etwas begriffsverwandtes die „Interimsscheine“, also gleichfalls Wertpapiere, erwähnt.[1]

2. Im übrigen läßt die Regel eine doppelte Auslegung zu. Sie kann nämlich bedeuten:

> entweder, daß die Aktiengesellschaft, wenn sie eigne Aktienbriefe erwirbt, in alle damit verbundenen Rechte und Pflichten eintritt, gerade wie wenn es sich um die Aktien einer fremden Gesellschaft handelte,
>
> oder aber, daß diese Rechte und Pflichten solange ruhen, als die Aktienbriefe sich im Eigentum der Gesellschaft befinden, und erst wieder in Kraft treten, wenn die Gesellschaft die Briefe weiter begibt.

Anders ausgedrückt, die Regel kann heißen:

> entweder, daß die Gesellschaft, sobald sie eigne Aktienbriefe gültig erwirbt, in die darin verbrieften Mitgliederstellen bei sich selber einrückt, also ihr eigner Aktionär wird,

[1] H.G.B. 226 Abs. 2.

> oder aber, daß die betreffenden Mitgliederstellen solange, als die Briefe der Gesellschaft selbst gehören, unbesetzt bleiben und zur Verfügung der Gesellschaft stehn.

Dafür, daß man die Regeln im ersteren Sinn verstehe, mag man sich auf den Wortlaut des Gesetzbuchs berufen: denn dieses sagt nichts davon, daß Aktien, die die Gesellschaft selber gültig erworben hat, anders zu behandeln seien als Aktien, die einem Fremden gehören. Dafür, daß man die Regel im letzteren Sinn deute, spricht die Natur der Sache; denn es ist nahezu widersinnig, daß man eine Gesellschaft, die eigne Aktien gültig erworben hat, deshalb wirklich als ihren eignen Aktionär anzusehen hätte. Ich ziehe es vor, der Natur der Sache zu folgen,[1] während Rehm und andre der strengen Wortinterpretation huldigen.[2]

III. 1. Aus der Rehmschen Theorie werden von Rehm selbst oder von andern Juristen, die auf demselben Standpunkt stehn wie er, eine Reihe mehr oder minder wichtiger Folgesätze abgeleitet.

a) Das Grundkapital der Gesellschaft wird dadurch, daß sie eigne Aktien an sich bringt, nicht verändert.[3]

b) In der Jahresbilanz der Gesellschaft sind die eignen Aktien als Aktiva zu buchen, geradeso wie ihre sonstigen Wertpapiere.[4]

c) Bei der Verteilung des Jahresgewinns hat die Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien denselben Dividendenanspruch wie jeder andre Aktionär.[5]

d) Bei einer Erhöhung des Grundkapitals hat die Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien dasselbe Bezugsrecht wie jeder andre Aktionär.[6]

---

[1] So mein Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. (03), S. 589[5], und schon vorher Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (87) S. 242[1], 278[3]; Behrend, Lehrb. des Handelsrechts Bd. 1 (96) S. 911; Sievers im Recht 1906 S. 974 und wohl auch Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften Bd. 2 (04) S. 75.

[2] Rehm, Bilanzen der Aktiengesellschaften (03) S. 469; Makower, Kommentar z. H.G.B. 13. Aufl. (06) Anm. 1a zu § 226; Runkel-Langsdorff S. 10; vermittelnd Staub-Pinner, Kommentar z. H.G.B. 8. Aufl. (06) Anm. 10 zu § 226.

[3] Rehm S. 470 VIII; Staub-Pinner Anm. 10 zu § 226.

[4] Rehm S. 469[3]; Staub-Pinner Anm. 2 zu § 226; Lehmann-Ring, Kommentar z. H.G.B (00) Anm. 6 zu S. 226; Goldmann, Kommentar z. H.G.B. (05) Anm. IV zu § 226.

[5] Rehm S. 469 IV; Makower Anm. Ia zu § 226; Staub-Pinner Anm. 4 zu § 226; Staub-Hachenburg, Kommentar z. R.Ges. betr. die Gesellschaften m. b. H. 2. Aufl. (06) Anm. 15 zu § 33; Runkel-Langsdorff S. 14.

[6] Makower Anm. Ia zu § 226; Runkel-Langsdorff S. 16[16]; Staub-Pinner Anm. 4 zu § 266.

e) Bei ihrer Auflösung hat die Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien denselben Anspruch auf eine Liquidationsquote wie jeder andre Aktionär.[1]

f) In der Generalversammlung hat die Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien dasselbe Stimmrecht wie jeder andre Aktionär.[2]

g) Zur Dotierung des gesetzlichen Reservefonds können die eignen Aktien der Gesellschaft so gut verwandt werden wie ihre sonstigen Wertpapiere.[3]

h) Die Gesellschaft kann ihre eignen Aktien in derselben Art weiterveräußern wie ihre sonstigen Wertpapiere. Daraus folgt, daß sie bei der Veräußerung mit dem Erwerber jede beliebige Nebenabrede treffen kann, die bei der Veräußerung andrer Wertpapiere zulässig wäre; sie kann z. B. dem Erwerber nach Gutdünken feste Zinsen garantieren,[4] obschon doch das Gesetz es den Aktiengesellschaften verbietet, ihren Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe zu versprechen. Und weiter: das vom Erwerber an die Gesellschaft für die Aktien zu leistende Entgelt ist nicht etwa als Aktionäreinlage, sondern als gewöhnlicher Kaufpreis anzusehen;[5] wenn es also die Gesellschaft später für gut befindet, dem Erwerber das Entgelt aus irgendwelchen Gründen ganz oder teilweise zu erlassen oder zurückzuerstatten, so steht dem die gesetzliche Bestimmung, die den Erlaß und die Rückerstattung von Aktionäreinlagen verbietet, nicht entgegen.

i) Daß auf die eignen Aktien der Gesellschaft ein Teil der Einlage rückständig ist, kann nicht vorkommen. Denn entweder war die Einlage schon voll bezahlt, als die Gesellschaft die Aktien erwarb, und dann hat es hierbei sein Bewenden. Oder es war damals noch ein Teil der Einlage im Rückstande; dann geht die Resteinlageschuld zwar auf die Gesellschaft über, erlischt aber sofort durch Konfusion.[6]

2. Mit einigen der soeben aufgeführten Sätze kann ich mich auch vom Standpunkt meiner eignen Theorie vollkommen einverstanden erklären.

---

[1] Rehm S. 469IV.

[2] Rehm S. 469IV; Staub-Hachenburg a. a. O. Anm. 16 zu § 33; Runkel-Langsdorff S. 18. Abw. Staub-Pinner Anm. 10 zu § 226; Makower Anm. Ia zu § 226.

[3] Rehm S. 470VII; Ring, R.Ges. betr. die Kommanditgesellschaften a. A., 2. Aufl. (93) S. 380. Abw. Makower Anm. Ia zu § 226; Runkel-Langsdorff S. 57.

[4] Rehm, Zeitschr. f. Handelsrecht 55 S. 460; Entsch. d. Reichsgerichts 7 S. 83. Abw. Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts 17 S. 388.

[5] Bondi, D.J.Z. 1906 S. 1251.

[6] Staub-Hachenburg Anm. 17 zu § 33. Abw. Rehm selbst in der Zeitschr. f. Handelsrecht 55 S. 467.

a) Die Höhe des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft wird dadurch nicht verringert, daß die Gesellschaft eigne Aktien erwirbt.[1] Denn das Grundkapital ist gleich dem Nennwert sämtlicher Mitgliederstellen, die im Gesellschaftsstatut vorgesehen sind, mögen sie besetzt sein oder offenstehn. Das wird sofort klar, wenn man an den Fall denkt, daß sich nach Eintragung einer neugegründeten Aktiengesellschaft ins Handelsregister die Ungültigkeit einer einzelnen Aktienzeichnung wegen Minderjährigkeit des Zeichners herausstellt, oder an den andern Fall, daß ein Aktionär seine (vollbezahlte) Aktie derelinquiert: in beiden Fällen ist die betreffende Mitgliederstelle zeitweilig unbesetzt; und doch wird hier niemand annehmen, daß deshalb die Ziffer des Grundkapitals eine Minderung erführe. Also wird das Grundkapital auch dadurch nicht verringert, daß einige Mitgliederstellen offenstehn, weil die betreffenden Aktien auf die Gesellschaft selbst übergegangen sind.

b) In der Jahresbilanz einer Aktiengesellschaft sind die von ihr erworbenen eignen Aktien so gut wie ihre sonstigen Wertpapiere als Aktiva einzustellen. Früher habe ich in dieser Beziehung das Gegenteil angenommen,[2] lasse aber jetzt meine frühere Meinung als irrig fallen.

α) Aus meiner Theorie, wie ich sie jetzt vertrete, geht nämlich nur hervor, daß die Rechte der Aktiengesellschaft „aus" ihren eignen Aktien ruhn, während das Recht der Gesellschaft „an" den Aktien, d. h. das Eigentum an den Aktienbriefen, auch nach meiner Theorie vollwirksam bleibt. Da nun dies Recht „an" den Aktien durch Verkauf und Verpfändung jederzeit verwertet werden kann, steht nichts im Wege, es unter die Aktiva der Gesellschaftsbilanz aufzunehmen.

β) Aber auch dann, wenn man sogar das Recht der Gesellschaft „an" den Aktienbriefen für ruhend erklärte, müßte man die eignen Aktien der Gesellschaft trotzdem für bilanzfähig erklären. Denn sie stellen in jedem Fall eine rechtlich anerkannte, wirtschaftlich wertvolle „Position" vor, eine Position nämlich, die es der Gesellschaft möglich macht, neue Aktionäre zu gewinnen, ohne ihr Grundkapital zu erhöhen oder andre Vermögensopfer zu bringen. Eine solche Position aber ist bilanzfähig, auch wenn sie kein „Recht" im technischen Sinn ist. Ein Beweis dafür ist z. B. die Bilanzfähigkeit von Fabrikationsgeheimnissen u. dgl.[3]

c) Die Gesellschaft kann ihre eignen Aktien zur Dotierung des Reservefonds verwenden so gut wie ihre sonstigen Wertpapiere.

[1] Ebenso Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften 2 S. 86.

[2] In meinem Lehrb. des Handelsrechts S. 589, 5 c.

[3] Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften 2. Aufl. (98) S. 166, Rehm S. 183.

Denn das Gesetz hat irgend eine Dotierung des Reservefonds überhaupt nicht angeordnet; die Gesellschaft hat also wegen dieser Dotierung freie Hand und kann sie ausführen, wie sie will. Anders natürlich, wenn irgend eine Dotierung im Gesellschaftsstatut vorgeschrieben ist; ob in diesem Fall die Dotierung mit eignen Aktien zulässig ist, kann nur im Wege der Auslegung des Statuts entschieden werden.

3. In allen andern Punkten weiche ich von Rehm mehr oder minder ab. Diese Punkte sind im folgenden der Reihe nach zu besprechen.

### IV. Dividendenanspruch der Gesellschaft.

1. Daß ich vom Standpunkt meiner Theorie einen Dividendenanspruch der Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien nicht anerkennen kann, liegt auf der Hand: dividendenberechtigt sind nur die Aktionäre, und die Aktiengesellschaft gilt nun einmal nach meiner Theorie nicht als ihr eigner Aktionär, sie mag noch so viele ihrer Aktien an sich gebracht haben. Nun ist aber, wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt, ein doppeltes möglich.

a) Entweder nimmt man bei der Dividendenberechnung auf die eignen Aktien der Gesellschaft, ungeachtet dessen, daß eine Dividende auf sie nicht entfällt, dennoch Rücksicht, indem man den Betrag, der auf diese Aktien entfallen würde, wenn sie einer andern Person als der Gesellschaft gehörten, von der Verteilung ganz und gar ausschließt. Beispiel: es sind 3000 Aktien zu je 1000 Mk. vorhanden; der Reingewinn beträgt nach den gewöhnlichen Abzügen 300 000 Mk., so dass auf jede Aktie 100 Mk. oder, in Prozenten ihres Nennwerts ausgedrückt, 10 % Dividende entfallen; wenn hier die Gesellschaft 100 dieser Aktien erworben hat, erhält sie dafür keine Dividende; es wird aber der dadurch ersparte Betrag mit 10 000 Mk. von dem verteilbaren Reingewinn abgezogen, so daß auf die 2900 in der Hand wirklicher Aktionäre befindlichen Aktien 290 000 Mk. zu verteilen sind; das ergibt für diese wieder eine Dividende von 10 %.

b) Oder man nimmt bei der Dividendenberechnung auf die eignen Aktien der Gesellschaft gar keine Rücksicht. Beispiel: in dem oben zu a) behandelten Fall wird der volle Reingewinn von 300 000 Mk. allein auf die 2900 in der Hand wirklicher Aktionäre befindlichen Aktien verteilt; das ergibt eine Dividende von etwas über 10 1/29 %.

2. Bevor wir nun versuchen, mit den beiden soeben entwickelten Methoden zu rechnen, müssen wir eine Vorfrage erörtern: wie sind die eignen Aktien der Gesellschaft in der Jahresbilanz zu bewerten?

a) Würde es sich um die Aktien irgend einer andern Aktiengesellschaft handeln, so würde die Antwort auf diese Frage folgendermaßen lauten: I. Die Aktien sind in die Bilanz mit dem Kurse, den sie am Jahresschluß haben („Schlußkurs"), oder, wenn die Gesellschaft die Aktien seinerzeit zu einem niedrigeren Kurse erworben hat, zu diesem („Anschaffungskurs") in die Bilanz einzustellen. II. Da der Kurs in Prozenten des Nennbetrages der Aktien ausgedrückt wird, erhält man den Wert der Aktien in der Art, daß man ihre Stückzahl, den durch hundert dividierten Nennbetrag jedes Stücks, und den Kurs miteinander multipliziert; dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß die Aktien alle denselben Nennbetrag haben; trifft diese Voraussetzung nicht zu, so tritt an die Stelle des Produkts der Stückzahl und des Nennbetrages die Summe der Nennbeträge aller Aktien. III. Der Kurs setzt sich nach Handelsbrauch zusammen aus dem Kurse im engeren Sinn, der bei vielen Aktien amtlich oder nicht amtlich „notiert" zu werden pflegt, und einem festen Zuschlage von 4% Jahreszinsen, berechnet vom Nennbetrage der Aktien. IV. Demnach sind die Aktien in der Jahresbilanz nach der Formel

$$w = z \cdot \frac{n}{100} \cdot (k + 4)$$

zu bewerten, wo w den Wert der Aktien, z ihre Zahl, n ihren Nennbetrag und k den Kurs im engeren Sinn, sei es den Schluß-, sei es den Anschaffungskurs, bezeichnet.

b) An und für sich ist nun diese Bewertungsformel auch auf die eignen Aktien der Gesellschaft anwendbar. Doch besteht ein Bedenken: in dem nach obiger Formel berechneten Wert der Aktien ist auch die Dividende für das abgelaufene Jahr mit inbegriffen, was darin seinen Ausdruck findet, daß jeder, der die Aktien am Jahresschluß zum Schlußkurse zuzüglich der handelsüblichen 4% verkauft, dem Käufer den Dividendenschein für das abgelaufene Jahr ohne besondere Vergütung mitzuliefern hat; wenn es sich nun um eigne Aktien der Gesellschaft handelt, müßte die Gesellschaft diesen Dividendenschein natürlich nicht bloß mitliefern, sondern im Lauf des folgenden Jahres auch mit dem festgesetzten Dividendenbetrage bar einlösen; es würde ihr also von dem Kaufpreise $z \cdot \frac{n}{100} \cdot (k + 4)$ schließlich, wenn wir die Dividende des abgelaufenen Jahrs, in Prozenten des Nennbetrages der Aktien ausgedrückt, mit d bezeichnen, nur der Betrag $z \cdot \frac{n}{100} \cdot (k + 4 - d)$ verbleiben. Demnach scheint es, als ob die eignen Aktien am Jahresschluß für die Gesellschaft tatsächlich keinen höheren Wert hätten als letzteren Betrag, ohne daß es einen Unterschied machte, ob die Gesellschaft die Aktien am Jahresschluß in Wirklichkeit verkauft oder ob sie sie unverkauft behält.

Die richtige Formel für die Bewertung der eignen Aktien wäre alsdann

$$w = z \cdot \frac{n}{100} \cdot (k + 4 - d)$$

c) Bei näherer Prüfung zeigt sich nun aber, daß das soeben erörterte Bedenken unbegründet ist, wenn man, wie Rehm, auch die eignen Aktien der Gesellschaft mit einer Dividende bedenkt, oder wenn man, in Anwendung unsrer ersten Methode (1 a), wenigstens einen dieser Dividende entsprechenden Betrag von der Verteilung ausschließt. Denn in beiden Fällen erzielt ja die Gesellschaft durch ihre eignen Aktien einen Gewinn in Höhe dieses Dividendenbetrages, und es ist also ganz in der Ordnung, wenn der Kurs $k + 4$, der den Wert der Dividende schätzungsweise in sich einschließt, auch bei der Bewertung der eignen Aktien der Gesellschaft zur Verwendung kommt. Dagegen ändert sich die Rechtslage, sobald man die Dividende nach unsrer zweiten Methode (1 b) berechnet; denn alsdann erzielt die Aktiengesellschaft durch ihre eignen Aktien keinen Gewinn, und es muß deshalb von dem Kurs $k + 4$ der darin enthaltene Schätzungswert der Dividende unweigerlich abgezogen werden. Nur für den Fall, daß die Gesellschaft die Aktien seinerzeit zu einem Preise erworben hat, der niedriger ist als der Schlußkurs, kann man einen Zweifel haben; denn hier sind die Aktien ja in der Bilanz mit dem niedrigeren „Anschaffungskurse" einzustellen; sie werden also ohnehin unter ihrem gegenwärtigen reellen Wert bewertet, und es ist sehr sonderbar, daß nun obendrein von diesem niedrigen Wertansatz noch ein weiterer Abzug gemacht werden soll. Doch halte ich auch in diesem Fall den Abzug für unerläßlich; es ist eben der offenbare Wille des Gesetzes, daß auf eine Kurssteigerung, die die Wertpapiere der Gesellschaft seit der Anschaffung erfahren, in der Bilanz schlechterdings keine Rücksicht genommen werden soll; man muß also die Tatsache, daß der Schlußkurs höher ist als der Anschaffungskurs, einfach ignorieren.

3. Sehen wir nun zu, wie sich die Dividendenrechnung nach unsern beiden Methoden tatsächlich gestaltet. Wir unterscheiden dabei den Fall, daß der volle Reingewinn für die Dividendenberechnung verwendet wird, und den andern Fall, daß von dem Reingewinn bestimmte Beträge für den gesetzlichen Reservefonds, für die Tantiemen der Aufsichtsratsmitglieder u. dgl. in Abzug zu bringen sind.

a) Erster Fall: der volle Reingewinn ist für die Dividendenberechnung zu verwenden.

α) Wir machen zunächst von unsrer ersten Methode (1 a) Gebrauch, und nennen, indem wir unterstellen, daß alle Aktien den gleichen Nennbetrag haben, diesen Nennbetrag n, die Gesamtzahl

der Aktien g, die Zahl der Aktien, die die Gesellschaft selbst erworben hat, z, den Schlußkurs der Aktien, der für die Bilanz allein in Betracht kommt, da die Gesellschaft sie seinerzeit zu einem höhern Preise erworben hat, k, den Wert der Aktien w, den Wert der übrigen Aktiva der Gesellschaft W, die Summe von Grundkapital, Reservefonds und Schulden p, den Reinertrag r, die auf jede Aktie entfallende Dividende d. Alsdann erhalten wir folgende Gleichungen:

$$w = z \cdot \frac{n}{100} \cdot (k + 4)$$
$$r = W + w - p$$
$$\frac{r}{g} = \frac{n}{100} \cdot d$$
$$d = 100 \cdot \frac{r}{g \cdot n}$$

β) Wir machen nunmehr von unsrer zweiten Methode Gebrauch und wenden dieselben Bezeichnungen an wie zu α), nur daß wir den Wert der eignen Aktien $w_1$, den Reinertrag $r_1$, die Dividende $d_1$, nennen. Dann erhalten wir zunächst die Gleichungen:

$$w_1 = z \cdot \frac{n}{100} \cdot (k + 4 - d_1)$$
$$r_1 = W + w_1 - p$$
$$\frac{r_1}{g - z} = \frac{n}{100} \cdot d_1$$
$$d_1 = 100 \cdot \frac{r_1}{(g - z) \cdot n}$$

Kombinieren wir diese Gleichungen mit denen zu α), so erhalten wir folgende Reihen:

$$w_1 = w - z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1$$
$$r_1 = W + \left(w - z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1\right) - p = r - z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1$$
$$d_1 = 100 \cdot \frac{r - z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1}{(g - z) \cdot n}$$

Formt man letztere Gleichung sachgemäß um, so kommt man endlich zu folgenden Reihen:

$$d_1 = \frac{100 \cdot r}{n \cdot (g - z)} - \frac{z \cdot d_1}{g - z}$$
$$= 100 \frac{r}{g \cdot n}$$
$$= d.$$

Unsre zweite Methode unterscheidet sich also von der ersten nur

dadurch, daß sie die Höhe des Reinertrages r um den Betrag $z \cdot \frac{n}{100} \cdot d$ herabdrückt, läßt dagegen die Höhe der Dividende d völlig unberührt.

b) Zweiter Fall: von dem Reingewinn (r bezw. $r_1$) sind gewisse Abzüge für den gesetzlichen Reservefonds, für die Tantiemen der Aufsichtsratsmitglieder und dergl. zu machen, und zwar soviel, daß nur der Betrag $\frac{r}{x}$ bezw. $\frac{r_1}{x}$ für die Dividendenberechnung übrig bleibt. Wir setzen $\frac{r}{x} = R$, $\frac{r_1}{x} = R_1$.

α) Nach unsrer ersten Methode ist die Rechnung leicht. Wir erhalten einfach

$$d = 100 \cdot \frac{R}{g \cdot n} = 100 \cdot \frac{r}{g \cdot n \cdot x}$$

β) Ebenso ergibt sich bei Anwendung der zweiten Methode einfach

$$d_1 = 100 \cdot \frac{R_1}{(g - z) \cdot n} = 100 \cdot \frac{r_1}{(g - z) \cdot n \cdot x}$$

Kombiniert man nun diese Gleichung mit der zu α), indem man (wie oben zu a β) die Zwischengleichung $r_1 = r - z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1$ einschaltet, so kommt man zu folgenden Reihen:

$$\begin{aligned} d_1 &= 100 \cdot \frac{r - z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1}{(g - z) \cdot n \cdot x} \\ &= \frac{100 \cdot r}{(g - z) \cdot n \cdot x} - \frac{z \cdot d_1}{(g - z) \cdot x} \\ &= 100 \cdot \frac{r}{(g - z) \cdot n \cdot x + z \cdot n} \end{aligned}$$

Unsre zweite Methode unterscheidet sich hier also von der ersten zwiefach: einerseits drückt sie die Höhe des Reinertrages r um den Betrag $z \cdot \frac{n}{100} \cdot d_1$ herab; andrerseits erhöht sie die Dividende d, indem sie in der Gleichung $d = 100 \cdot \frac{r}{g \cdot n \cdot x}$ an die Stelle des Divisors $g \cdot n \cdot x$ den kleineren Betrag $(g - z) \cdot n \cdot x + z \cdot n$ setzt.

Um zu beweisen, daß $g \cdot n \cdot x$ wirklich größer ist als $(g - z) \cdot n \cdot x + z \cdot n$, ziehe man letzteren Betrag von ersterem ab und forme die Differenz sachgemäß um. Dann ergibt sich $g \cdot n \cdot x - [(g - z) \cdot n \cdot x + z \cdot n] = n \cdot (g \cdot x - g \cdot x + z \cdot x - z) = n \cdot (z \cdot x - z) = n \cdot z \cdot (x - 1)$. Nun sind n, z und x ganze positive Zahlen und $1/x$ ist ein echter Bruch, also $x > 1$, also $x - 1$ gleichfalls positiv. Daraus folgt, daß die ganze Differenz $n \cdot z \cdot (x - 1)$ positiv, also der erstere Divisor wirklich größer als der letztere ist. Ist dies aber der Fall, so ist $100 \cdot \frac{r}{g \cdot n \cdot x} < \text{als } 100 \cdot \frac{r}{(g - z) \cdot n \cdot x + z \cdot n}$, also $d < d_1$.

c) Um die Formeln zu a) und b) in Zahlen zu übersetzen, nehmen wir an, daß das Grundkapital einer Aktiengesellschaft 3 Millionen Mark beträgt und in 3000 Aktien zu je 1000 Mark zerlegt ist, daß ihr Reservefonds 300000 und die Schulden 800000 Mark ausmachen, daß die Gesellschaft ein Drittel ihrer eignen Aktien und außerdem andre Aktiva im Wert von 2400000 Mark besitzt, endlich daß der Kurs der eignen Aktien am Jahresschluß 196 ist, während die Gesellschaft sie seinerzeit zu 240 erworben hat. Hier beträgt, wenn der Reingewinn unverkürzt als Dividende verwendet wird, nach der ersten unsrer Methoden der Wert der eignen Aktien $1000 \cdot \frac{1000}{100} \cdot (196 + 4) = 2000000$ Mark, der Reingewinn $2400000 + 2000000 - (3000000 + 300000 + 800000) = 300000$ Mark, die Dividende $\frac{300000 \cdot 100}{3000 \cdot 1000} = 10\,\%$; wird von dem Reingewinn $^1/_{10}$ z. B. für Tantiemen abgezogen, so daß nur $^9/_{10}$ zur Verteilung kommt, so sinkt die Dividende auf $\frac{9}{10} \cdot 300000 \cdot \frac{100}{3000 \cdot 1000} = 9\,\%$, während die übrigen oben genannten Zahlen unverändert bleiben. Anders nach der zweiten unsrer Methoden: hier sinkt, wenn der Reingewinn unverkürzt als Dividende verwendet wird, der Wert der eignen Aktien auf $1000 \cdot \frac{1000}{100} \cdot (196 + 4 - 10) = 1900000$, der Reingewinn auf $2400000 + 1900000 - 4100000 = 200000$ Mark, während die Dividende, wie nach der ersten Methode $\frac{200000 \cdot 100}{2000 \cdot 1000} = 10\,\%$ ausmacht; werden nur $^9/_{10}$ des Reingewinns als Dividende verwendet, so beläuft sich der Wert der eignen Aktien auf $1000 \cdot \frac{1000}{100} \cdot (196 + 4 - 9{,}31) = 1906900$, der Reingewinn $2400000 + 1906900 - 4100000 = 206900$ Mark, die Dividende $\frac{9}{10} \cdot 206900 \cdot \frac{100}{2000 \cdot 1000} = 9{,}31\,\%$.

4. Jetzt erst sind wir in der Lage, uns endgültig zwischen unsern beiden Methoden zu entscheiden. Denn erst jetzt wissen wir mit voller Bestimmtheit, daß sie wirklich zu verschiedenen Ergebnissen führen und worin der Unterschied besteht.

a) Sobald nach der Satzung der Aktiengesellschaft die Generalversammlung über die Verteilung des Reingewinns mehr oder minder frei verfügen kann, geben wir der ersten Methode den Vorzug, schließen also den auf die eignen Aktien entfallenden Dividendenbetrag von der Verteilung aus. Denn, wie unsre Formeln gezeigt haben, rechnet es sich mit der ersten Methode leichter als mit der zweiten, und die Unterschiede in dem schließlichen Ergebnis beider Methoden sind verhältnismäßig so gering, daß sich ihretwegen die verwickelte durch die zweite Methode bedingte Rechnungsart unter keinen Umständen lohnt. Daß aber ein Beschluß der Generalversammlung, den auf die eignen Aktien entfallenden Dividendenbetrag von der Verteilung auszuschließen, gesetzlich zulässig ist, kann, falls die Satzung jene Klausel enthält, keinem Zweifel unterliegen.

b) Dagegen müssen wir uns umgekehrt für die zweite Methode entscheiden, wenn die Satzung die Befugnis, über die Verteilung des

Reingewinns zu verfügen, der Generalversammlung nicht zuspricht. Denn alsdann ist der Reingewinn nicht nach irgend welchen praktischen Erwägungen, sondern einfach nach den starren Regeln des Gesetzes zu verteilen. Das Gesetz bestimmt nun aber, daß der Reingewinn grundsätzlich unverkürzt unter die Aktionäre zu verteilen ist und daß diese sich nur solche Abzüge gefallen zu lassen brauchen, die das Gesetz oder das Statut ausnahmsweise besonders vorgesehen hat.[1] Hieraus folgt, daß die Aktiengesellschaft nicht befugt ist, bei der Verteilung des Reingewinns eine Methode anzuwenden, die wegen des eignen Aktienbesitzes der Gesellschaft den Inhabern der übrigen Aktien einen Teil des Reingewinns vorenthält: denn nur die Inhaber der übrigen Aktien sind wirkliche Aktionäre, sie selber ist es nicht. Daß unsre zweite Methode eine sehr verwickelte Rechnung nötig macht, kann hieran nichts ändern. Ist doch unser Handelsgesetzbuch auch sonst mit einem gewissen Raffinement darauf bedacht, die Rechnungsführung der Aktiengesellschaften zu komplizieren;[2] unsre zweite Methode ist also zwar nicht schön, aber durchaus stilgerecht.[3]

5. Veräußert die Aktiengesellschaft den Dividendenschein des abgelaufenen Jahres im neuen Jahr, so muß sie ihn natürlich einlösen, mag man nun bei der Dividendenberechnung die erste oder die zweite Methode zugrunde legen, und darf nicht einwenden, daß auf den Schein, weil er der Gesellschaft selbst gehört habe, eine Dividende nicht entfallen sei. Denn wenn sie einen von ihr selber ausgestellten Dividendenschein an jemanden veräußert, verspricht sie ihm damit die Dividende und muß dies Versprechen auch erfüllen.

### V. Bezugsrecht der Gesellschaft.

1. So wenig wie ein Dividendenrecht der Gesellschaft im Fall der Gewinnverteilung, kann ich ein Recht der Gesellschaft, im Fall der Erhöhung des Grundkapitals junge Aktien zu beziehen, anerkennen. Denn auch dies Bezugsrecht steht nur wirklichen Aktionären zu.[4]

2. Besondere Schwierigkeiten, wie sie in Ansehung des Dividendenanspruchs der Gesellschaft auftauchten, bestehen hier nicht. Vielmehr stehn diejenigen jungen Aktien, die auf die eignen Aktien

---

[1] H.G.B. 213.

[2] Siehe z. B. H.G.B. 237 und dazu Staub-Pinner Anm. 18 zu § 237.

[3] Abw. Behrend S. 911[5], Lehmann 2 S. 86; beide treten allgemein für die erste Methode ein. Umgekehrt ist Sievers, im Recht 1906 S. 974, allgemein, jedoch ohne nähere Spezialisierung, für die zweite Methode.

[4] Ebenso Lehmann 2 S. 86.

der Gesellschaft entfallen würden, wenn diese wirklichen Aktionären gehörten, einfach zur freien Verfügung der Gesellschaft, gerade wie alle andern jungen Aktien, sobald die bezugsberechtigten Aktionäre es versäumt haben, ihr Bezugsrecht rechtzeitig auszuüben. Irgend ein Anlaß, etwa das Bezugsrecht der wirklichen Aktionäre auch auf diese Aktien auszudehnen, liegt nicht vor.[1]

### VI. Recht der Gesellschaft auf eine Liquidationsquote.

1. Auch ein Recht der Gesellschaft auf eine Liquidationsquote im Fall der Auflösung der Gesellschaft erkenne ich nicht an. Denn auch dies Recht gebührt nur wirklichen Aktionären.[2]

2. Besondre Schwierigkeiten entstehen nicht.

a) Erstlich wird der Fall, daß eine Aktiengesellschaft noch bei Abschluß der Liquidation eigne Aktien besitzt, nur selten vorkommen. Denn sie soll ja alle ihre Aktiva zum Zweck der Liquidation in Geld umsetzen.[3]

b) Sollte die Gesellschaft aber ausnahmsweise die Aktien nicht in Geld umgesetzt haben — vielleicht, weil sich kein Käufer fand, der einen Preis in Höhe der mutmaßlichen Liquidationsquote dafür bezahlen wollte — so sind die Aktien eben nichts mehr wert; denn wie sollte man Aktien einer aufgelösten Gesellschaft nach Abschluß der Liquidation bewerten? Sie sind also unter den Aktiven der Schlußliquidationsbilanz einfach zu streichen. Der alsdann verbleibende Aktivbestand aber ist unter die wirklichen Aktionäre nach Verhältnis ihrer Aktien zu verteilen.

**Beispiel.** I. Grundkapital 3 Millionen, geteilt in 3000 Aktien zu je 1000 Mark, von denen die Gesellschaft noch bei Schluß der Liquidation 1000 Stück besitzt; Aktivbestand 4 Millionen außer den eignen Aktien. Hier ist die Liquidationsquote auf jede Aktie $\frac{4\,000\,000}{2000} = 2000$ Mark $= 200\,\%$ des Nennbetrages. II. Rehm muß übrigens praktisch zu demselben Ergebnis kommen; denn wenn er die eignen Aktien mit einer Liquidationsquote ausstattet, muß er sie auch in Höhe der Liquidationsquote bewerten und mit diesem Wert in die Aktiva der Schlußliquidationsbilanz einstellen. Auf diese Weise kommt er zu der Gleichung $\frac{4\,000\,000 + 2\,000\,000}{2000 + 1000} = 2000$ Mark, was gleichfalls eine Dividende von $200\,\%$ ergibt.

### VII. Stimmrecht der Gesellschaft in der Generalversammlung.

1. Wie den Dividendenanspruch, das Bezugsrecht und das Recht auf eine Liquidationsquote, so spreche ich der Gesellschaft auch ein

[1] Siehe unten zu X 3.

[2] Abw. Lehmann 2 S. 86.

[3] H.G.B. 149, 298.

Stimmrecht in der Generalversammlung ab, sie mag noch so viele ihrer eignen Aktien erworben haben.[1] Denn auch dies Recht ist auf die wirklichen Aktionäre zu beschränken.

2. Hier haben wir es nun freilich wieder mit einer Schwierigkeit zu tun. Denn das Gesetz und häufiger noch die Statuten der Aktiengesellschaften bestimmen, daß in gewissen Fällen ein Antrag nur dann als angenommen gilt, wenn die Aktien der dafür stimmenden Aktionäre einen bestimmten Bruchteil des ganzen Grundkapitals darstellen; ebenso findet sich die Bestimmung, daß die Generalversammlung über gewisse Anträge nur beschließen kann, wenn die Aktien der an der Abstimmung teilnehmenden Aktionäre, mögen diese dafür oder dagegen stimmen, zusammen einen bestimmten Nennbetrag erreichen usw. Sollen nun in diesem Fall die eignen Aktien der Gesellschaft, denen doch das Stimmrecht mangelt, in das Grundkapital eingerechnet oder davon abgezogen werden? Ich nehme ersteres an: denn wenn das Grundkapital im übrigen dadurch nicht geändert wird, daß die Gesellschaft einen Teil ihrer eignen Aktien selbst erwirbt,[2] kann auch für die hier zur Entscheidung stehende Frage ein Abzug der Nennbeträge der eignen Aktien vom Grundkapital beim Schweigen des Gesetzes nicht für zulässig erachtet werden.[3]

### VIII. Veräußerung der eignen Aktien.

1. Wenn eine Gesellschaft ihre eignen Aktien veräußert, kommt es sehr wesentlich in Betracht, daß die Veräußerung gerade ihre eignen Aktien betrifft und demgemäß der Erwerber, sobald die Veräußerung in Kraft tritt, ihr Aktionär wird. Die Veräußerung der eignen Aktien durch die Gesellschaft ist und bleibt eben eine Neuemission dieser Aktien; man kann sie im Gegensatz zur Erstemission, wie sie z. B. bei der Gründung der Gesellschaft, bei der nachträglichen Ausgabe von Aktien, deren Zeichnung sich als ungültig herausstellt, und bei der Erhöhung des Grundkapitals stattfindet, als Nachemission bezeichnen. Hieraus ergeben sich u. a. folgende Regeln.

a) Die Gesellschaft darf bei der Nachemission ihrer Aktien dem Erwerber nur solche Zusagen machen, wie sie sie auch jedem ihrer alten Aktionäre zu machen befugt wäre. Das Versprechen fester Zinsen oder irgend einer Dividendengarantie wäre also durchaus unzulässig.[4]

---

[1] Ebenso Behrend I S. 911[5]; Lehmann 2 S. 86.

[2] Siehe oben zu III 2a.

[3] Abw. Staub in der ersten Aufl. des Kommentars zum R.Ges., betr. die Gesellschaften m. b. H. (03) Anm. 8 zu § 33.

[4] Sievers im Recht 1906 S. 974.

b) Was der Erwerber bei der Nachemission als Entgelt für die ihm überlassenen Aktien an die Gesellschaft leistet, ist als Aktionäreinlage zu behandeln. Ein Erlaß oder gar eine Zurückerstattung des Entgelts wäre also gleichfalls durchaus unstatthaft.[1]

2. Dagegen kommen bei der Nachemission diejenigen Vorschriften nicht zur Anwendung, die das Gesetz nur für die Erstemission von Aktien aufgestellt hat. Unanwendbar ist also z. B. die Regel, daß die Übernahme von Aktien weder bedingt noch befristet geschehen und daß sie seitens des Aktionärs nicht wegen Betruges angefochten werden kann, das Verbot der Aktienemission unter pari, die Vorschrift, daß bei einer Emission über pari das Agio dem gesetzlichen Reservefonds zuzuschreiben ist u. dergl. Auch die Regeln über die Kaduzierung von Aktien, auf die die „eingeforderten" Einlagebeträge nicht rechtzeitig eingezahlt werden, gehören hierher.

3. a) Aus den Regeln zu 2. folgt, daß eine Aktiengesellschaft durch Eintritt einer Resolutivbedingung, durch Anfechtung u. dergl. unter Umständen in die Lage kommen kann, Aktien, die sie durch Nachemission ausgegeben, wieder zurücknehmen zu müssen und daß sie alsdann, entgegen der Regel zu 1a, dem Erwerber ausnahmsweise auch die bei der Nachemission geleistete Einlage wiedererstatten muß. In die gleiche Lage kann sie ja aber, wenn schon viel seltener, auch bei der Erstemission geraten; denn auch hier kann sich die Zeichnung eines Erstaktionärs als ungültig erweisen. Derartige Ausnahmen lassen sich eben nicht ganz vermeiden.

b) Kann die Gesellschaft bei der Nachemission sich im voraus verpflichten, dem Erwerber die von ihm übernommenen Aktien später wieder abzunehmen, sei es unbedingt, sei es unter gewissen Voraussetzungen? Mir scheint, daß die Übernahme einer solchen Verpflichtung zum Erwerbe eigner Aktien nicht anders zu behandeln ist als der Erwerb eigner Aktien selbst. Insbesondere ist sie für zulässig anzusehn, wenn sie außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft erfolgt.

### IX. Rückständige Einlage.

1. Wenn die Gesellschaft eigne Aktien erwirbt, auf die ein Teil der Einlage noch rückständig ist, tritt sie in die Einlageschuld nicht ein, da diese Schuld nur wirklichen Aktionären obliegt. Demgemäß wird die Einlageschuld auch nicht durch Konfusion getilgt, sondern ruht.

2. Werden die Aktien durch Nachemission später veräußert, so tritt die Einlageschuld wieder in Kraft und kann dem Aktionär

[1] Siehe Runkel-Langsdorff S. 17.

auch durch Vertrag nicht erlassen werden.[1] Demnach wird sich der Käufer dieser Aktien ähnlich verhalten müssen wie der Käufer eines Grundstücks, das mit einer auf lange Zeit unkündbaren Hypothek beschwert ist: er wird einfach den Betrag der noch ausstehenden Einlage auf den Kaufpreis, den er der Gesellschaft zu zahlen hat, in Anrechnung bringen; ist also der Kurs der voll bezahlten Aktien niedriger als der ausstehende Betrag der Einlage, so sind die Aktien der Gesellschaft unverkäuflich.

X. Die einzelnen Unterschiede zwischen meiner Theorie und der Rehms, die wir nunmehr genauer kennen gelernt haben, sind von sehr verschiedener praktischer Bedeutung.

1. Rein theoretisch ist die Differenz in betreff des Rechts der Gesellschaft auf eine Liquidationsquote (VI). Denn wenn Rehm im Gegensatz zu mir der Gesellschaft ein solches Recht zuspricht, so ist er sicher nicht der Meinung, daß die Gesellschaft einen ihrer Liquidationsquote entsprechenden Geldbetrag auch nach Schluß der Liquidation endgültig für sich zurückbehälten solle, geschweige denn, daß dieser Geldbetrag nunmehr als herrenloses Gut anzusehen sei, sondern er wird den Betrag schließlich doch den wirklichen Aktionären zuweisen. Er kommt also auf einem weiten Umwege[1] zu demselben Ziel, zu dem ich auf kurzem, geradem Wege gelange.

2. a) Rein theoretisch ist ferner die Differenz in Ansehung des Dividendenanspruchs der Gesellschaft, solange man meine Theorie im Sinn meiner ersten Methode versteht (IV, 1a). Denn wenn Rehm im Gegensatz zu mir lehrt, daß die Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien einen regelrechten Dividendenanspruch habe wie jeder andre Aktionär, so will er damit doch nicht sagen, daß die Gesellschaft die auf ihre Aktien entfallende Dividende wirklich an sich auszahlen müsse, sondern nur, daß sie den Betrag der Dividende für sich zurückbehalten dürfe. Ebendasselbe will aber auch meine erste Methode. Die Differenz zwischen Rehm und mir ist also insoweit ohne jede praktische Bedeutung.

b) Dagegen wird die Differenz alsbald praktisch, wenn man meine Theorie im Sinn meiner zweiten Methode handhabt (IV, 1b). Und zwar zeigt sich diese Differenz, wie wir gesehen haben, nach zwei Seiten hin wirksam: einmal erhöht meine Theorie, verglichen mit der Rehms, die Dividende der wirklichen Aktionäre, andrerseits setzt sie den bilanzmäßigen Reingewinn der Gesellschaft herab und ermäßigt deshalb alle Bezüge, die von der Höhe dieses Reingewinns mehr oder minder abhängig sind, z. B. die an den gesetzlichen Reservefonds abzuführenden Beträge, gewisse Tantiemen für die Gesellschaftsbeamten,

[1] Siehe Runkel-Langsdorff S. 17.

unter Umständen auch die von der Gesellschaft zu entrichtende Einkommensteuer. Daß nun in dieser Differenz gerade die Stärke meiner Theorie liege, wage ich nicht zu behaupten; im Gegenteil bekenne ich, daß die verwickelte Rechnung, die meine Theorie, im Sinn der zweiten Methode verstanden, mit sich bringt, mir selber unbehaglich ist. Doch möchte ich nachdrücklich betonen, daß dieser Übelstand mit dem innersten Wesen meiner Theorie nichts zu tun hat — mit meiner Theorie ist ja meine erste einfache Methode ebenso gut verträglich wie die verwickelte zweite — sondern daß er auf einem bloßen Redaktionsfehler des H.G.B. beruht, also billigerweise nicht als Beweis gegen meine Theorie verwendet werden darf. Um dies zu erkennen, braucht man nur zu beachten, wie das Gesetzbuch einerseits das Dividendenrecht der Aktionäre, andrerseits ihr Recht auf den Bezug junger Aktien formuliert: dort heißt es, daß die Aktionäre vorbehaltlich gewisser Abzüge Anspruch auf den vollen Reingewinn haben, um ihn unter sich nach Verhältnis ihrer Aktien zu verteilen; hier heißt es, daß jeder Aktionär Anspruch auf einen seinem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechenden Teil der neuen Aktien hat.[1] Mit beiden Formeln haben die Gesetzesredaktoren, wie es scheint, genau dasselbe sagen wollen. Tatsächlich haben sie aber für den Fall, daß ein Teil der Aktien der Gesellschaft selbst, also einem Nichtaktionär, gehört, etwas verschiedenes gesagt, offenbar nur deshalb, weil sie an diesen Fall nicht gedacht haben. Und nun zwingen sie uns durch die Verschiedenheit ihrer Formeln, ohne daß sie sich selber darüber klar geworden sind, dort: die auf die eignen Aktien entfallende Dividende der Gesellschaft vorzuenthalten und dadurch die Dividende der übrigen Aktionäre zu erhöhen; hier: die auf die eignen Aktien entfallenden jungen Aktien der Gesellschaft zu freier Verfügung zu überlassen. Würde das H.G.B. bestimmen, „jeder Aktionär hat (vorbehaltlich gewisser Abzüge) einen Anspruch auf einen seinem Anteil am Grundkapital entsprechenden Teil des Reingewinns", so wäre unsre zweite Methode, verzwickt und unpraktisch, wie sie ist, völlig unnötig.

3. Einige praktische Bedeutung kommt ferner der Differenz zu, die zwischen Rehm und mir in betreff des Rechts der Gesellschaft auf den Bezug junger Aktien obwaltet (V). Doch ist sie sehr gering. Denn wenn Rehm im Gegensatz zu mir ein solches Bezugsrecht der Gesellschaft anerkennt, kann er doch unmöglich annehmen, daß die Gesellschaft dies Recht unmittelbar ausüben dürfte, da sie ja alsdann mindestens ein Viertel der Einlagen und das Agio sofort bar an sich selber einzahlen müßte.[2] So bleibt also der Gesellschaft nach Rehm

[1] H.G.B. 213, 214 Abs. 1 und 282.

[2] H.G.B. 195 Abs. 3, 284 Abs. 3, 279.

nichts andres übrig, als ihr Bezugsrecht zu verkaufen. Den hiervon zu erwartenden Vorteil kann sich aber die Gesellschaft ganz ähnlich auch dann verschaffen, wenn sie zwar kein Bezugsrecht auf eine Anzahl der jungen Aktien hat, wohl aber, wie es meiner Theorie entspricht, über eine Anzahl der jungen Aktien frei — nämlich ohne durch Bezugsrechte Dritter beschränkt zu sein — verfügen kann. Der Unterschied zwischen dem Verkauf des Bezugsrechts auf junge Aktien und der freien Verfügung über sie ist, wenn man nur auf das praktische Ergebnis sieht, so gering, daß es sich nicht verlohnt darauf einzugehn.

4. a) Einige praktische Wichtigkeit hat sodann die Differenz in Ansehung des Falls, daß die Gesellschaft die von ihr erworbenen eignen Aktien weiter veräußert, sowie die Differenz in Ansehung etwaiger Rückstände der auf die eignen Aktien zu leistenden Einlagen (VIII, IX). Ich habe kein Bedenken, die praktischen Konsequenzen, die sich nach beiden Richtungen hin aus meiner Theorie ergeben, für durchaus angemessen zu halten und möchte dies wenigstens für den wichtigsten Streitpunkt näher darlegen.

α) Aus der Theorie Rehms ergibt sich, wie wir sahen, daß die Verpflichtung zur Zahlung der auf die eignen Aktien der Gesellschaft entfallenden Einlagerückstände durch Konfusion erlischt, sobald die Gesellschaft die Aktien erwirbt. Demgemäß erlischt nunmehr auch die subsidiäre Haftung der Vorbesitzer der Aktien, und es ist keine Rede davon, daß bei nachträglicher Veräußerung der Aktien die Haftung für die Einlage in der Person der Vorbesitzer oder des neuen Aktionärs wieder auflebte; wenn also die Gesellschaft die Aktien zu einem Preise veräußert, der zusammen mit den früher auf sie bar gezahlten Einlagen den Nennbetrag der Aktien nicht erreicht — und daran kann die Gesellschaft vom Standpunkt der Theorie Rehms aus nicht gehindert werden — so ist der Schlußeffekt der, daß die betreffenden Aktien unter pari emittiert und die Erstaktionäre von der Haftung für den Ausfall befreit werden.

β) Meiner Theorie sind diese den Grundprinzipien unsres Aktienrechts widerstreitenden Sätze fremd: sie läßt sowohl die Vorbesitzer wie die neuen Erwerber der Aktien für die Einlagerückstände haften und gestattet nicht, daß sie von der Haftung vertragsmäßig befreit werden.[1]

Beispiele. I. Eine Gesellschaft nimmt einem Aktionär im Vergleichswege dessen Aktien, auf die erst der halbe Nennwert eingefordert ist, ab; ein Jahr später ruft sie die zweite Hälfte des Nennwerts ein; einige Monate darauf fällt sie in Konkurs. Hier ist es nur angemessen, wenn der Konkursverwalter die rückständige Einlage

[1] Siehe H.G.B. 211, 220, 221. Sievers im Recht 1906 S. 974.

von dem Vorbesitzer der Aktien einzieht. II. Gleicher Fall; nur hat die Gesellschaft die Aktien kurz vor der Konkurseröffnung zum Kurse von 25 % weiterveräußert; dem Erwerber war bekannt, daß auf die Aktien erst 50 % bar einbezahlt waren, nahm aber hieran keinen Anstoß, weil er und ebenso die Aktiengesellschaft, der Theorie Rehms folgend, glaubte, die Pflicht zur Einzahlung der restlichen 50 % sei durch Konfusion getilgt. Hier ist es nur angemessen, wenn der Konkursverwalter die noch fehlenden 25 % von dem Erwerber einzieht.

b) Gegen meine Theorie mag angeführt werden, daß niemand, der einer Aktiengesellschaft deren eigne Aktien „abkauft", sich darüber klar sein wird, daß solch ein Geschäft einen ganz andern Rechtscharakter trägt als ein Kauf, den er über die nämlichen Aktien mit einem beliebigen andern Verkäufer abschließen würde. Doch glaube ich, daß eine solche Unklarheit nur bei glatten, ganz einfach liegenden Aktienkäufen obwalten wird, und hier ist sie ja auch gänzlich unschädlich. Wenn dagegen irgend eine Komplikation eintritt, wie z. B. die, daß die Gesellschaft dem Erwerber einen festen Zinssatz gewährleistet oder daß sie ihm die Haftung für etwaige Einlagerückstände erläßt, wird er es sich sehr wohl zum Bewußtsein bringen, daß er es mit einem Verkäufer eigner Art zu tun hat; und versäumt er das, so mag er sich die ihn alsdann treffenden Nachteile selber zuschreiben.

c) Gegen meine Theorie mag ferner angeführt werden, daß der Unterschied, den ich zwischen einer Erstemission und einer Nachemission (VIII, 1) mache, sehr willkürlich ist. Indes ist meine Unterscheidung wenigstens zum Teil die notwendige Folge davon, daß das Gesetz es schlechterdings nicht dulden will, daß die Mitgliederstellen einer Aktiengesellschaft von Anfang an offenstehn, während es dadurch, daß es der Gesellschaft den nachträglichen Erwerb ihrer eignen Aktien unter gewissen Kautelen gestattet, deutlich kundtut, daß ihm ein nachträgliches Offenwerden von Mitgliederstellen minder bedenklich erscheint. Stellt man sich einmal auf diesen Standpunkt, so ergibt sich in der Tat, daß z. B. die Anfechtung der Übernahme von Aktien wegen Betruges bei der Erstemission eine andre Beurteilung verdient als bei der Nachemission; dort bewirkt sie, daß die betreffenden Mitgliederstellen von Anfang an offenstehn, was eben nicht zulässig sein soll; hier bewirkt sie, daß die Mitgliederstellen nur in denselben Stand des Offenstehns zurückversetzt werden, in dem sie sich zufälligerweise befanden, bevor der Erwerber die Aktien übernahm.

5. Praktisch bedeutsam ist endlich auch die Differenz in betreff des Stimmrechts der Gesellschaft (VII). Ja sie ist sogar praktisch wichtiger als alle andern Differenzen zusammengenommen. Denn deren Wirksamkeit ist proportional der Zahl der eignen Aktien, die die Gesellschaft erworben hat, und ist deshalb meistens, soweit sie

überhaupt vorhanden, nur eine minimale, weil die Zahl dieser eignen Aktien meist eine geringe sein wird; die Wirksamkeit der Differenz in Ansehung des Stimmrechts der Aktiengesellschaft kann dagegen auch dann eine beträchtliche sein, wenn die Gesellschaft nur ganz wenige oder gar nur eine einzige eigne Aktie besitzt, weil ja, sobald in der Generalversammlung sich zwei nahezu gleich starke Parteien gegenüberstehn, die schließliche Entscheidung von einer einzigen Stimme abhängen kann. Und hier scheint es mir völlig zweifellos, daß es sachlich angemessener ist, wenn man der Gesellschaft jedes Stimmrecht versagt!

a) Der erste Grund hierfür ist, daß es in der großen Mehrzahl der Fälle ungerecht wäre, wenn man der Gesellschaft wegen ihrer eignen Aktien ein Stimmrecht geben würde. Man erinnere sich nämlich daran, daß sämtliche gültige Aktien der Gesellschaft ursprünglich ein bestimmtes Verdienst repräsentieren, das sich ihr erster Erwerber um die Gesellschaft errungen, die Einlage nämlich, die er seinerzeit an die Gesellschaft geleistet hat. Nun ist es leicht verständlich, daß sich auf dies Verdienst nicht bloß der Erwerber selbst, sondern auch jeder gewöhnliche spätere Erwerber der Aktie berufen kann: denn er ist ja Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers geworden, und die Art, wie er es geworden, hat das Verdienst des ersten Erwerbers nicht angetastet. Nur die Aktiengesellschaft selbst, wenn sie ihre eignen Aktien erwirbt, bildet eine Ausnahme von dieser Regel (wenn man von dem seltenen Fall absieht, daß sie die Aktien unentgeltlich an sich bringt): denn indem sie für ihre Aktien ein Entgelt leistet, opfert sie einen Teil ihres sonstigen Vermögens auf und macht eben dadurch die Leistung, durch die sich der erste Erwerber der Aktien um sie verdient gemacht hat, geradezu wieder rückgängig, sei es ganz, sei es teilweise. Das mag ja im Einzelfall gleichfalls verdienstlich sein, z. B. wenn die Gesellschaft die Aktien später mit Gewinn weiterveräußert. Doch ist dies Verdienst mit dem des ersten Erwerbers, dem doch die Aktie all ihre Würde verdankt, nicht identisch; es steht vielmehr zu dem des ersten Erwerbers in bestimmtem Gegensatz, es ist, wenn es überhaupt vorhanden, gewissermaßen dem ersten Erwerber zum Trotz erworben. Wie sollte es sich nun rechtfertigen lassen, daß mit den „verdienstlosen" eignen Aktien der Gesellschaft kraft Gesetzes dasselbe Stimmrecht verbunden sein solle wie mit den „verdienstvollen" Aktien der wirklichen Aktionäre?

b) Ein zweiter Grund ist der, daß die Aktiengesellschaft deshalb, weil sie eigne Aktien besitzt, an ihrem eignen Gedeihen nicht in höherem Maß und nicht in andrer Art interessiert ist, als wenn ihre Aktien sämtlich in fremden Händen sind. Es hat also keinen rechten Sinn, wenn sie, die um ihrer selbst willen kein Stimmrecht in der

Generalversammlung hat, nun um ihrer Aktien willen stimmberechtigt sein soll.

c) Ein dritter Grund endlich ist, daß einem der allerwichtigsten Prinzipien unsres Aktienrechts zufolge die Generalversammlung von dem Vorstande unabhängig sein soll, ein Satz, der sich unter anderm in der Vorschrift äußert, daß die Generalversammlung das unverzichtbare Recht hat, jedes Mitglied des Vorstandes nach Willkür zu jeder Zeit abzusetzen.[1] Dies Verhältnis von Mitgliederversammlung und Vorstand wird aber geradezu auf den Kopf gestellt, wenn man es zuläßt, daß der Vorstand als solcher in Vertretung der Gesellschaft kraft der Gesellschaftsaktien in der Versammlung mit abstimmt und im Einzelfall vielleicht den Stichentscheid zwischen den streitenden Parteien abgibt. Besonders seltsam wäre das Ergebnis eines Stimmrechts des Vorstandes, wenn zwischen ihm und dem Aufsichtsrat ein Streit ausbräche und er in der Generalversammlung mit Hilfe der eignen Aktien der Aktiengesellschaft die Entlassung der augenblicklichen Mitglieder des Aufsichtsrats durchsetzte.

d) Einer der besten Kenner unsres Handelsrechts, Hachenburg, hat zugunsten des Stimmrechts der Aktiengesellschaft wegen ihrer eignen Aktien angeführt, daß, wenn man dies Stimmrecht ablehnen würde, die Oberleitung der Gesellschaftsgeschäfte in die Hände einer Minderheit von Aktionären geraten könnte.[2] Doch ist dies Argument vom Standpunkt meiner Theorie aus hinfällig, da ja ihr zufolge die Gesellschaft auch als Inhaberin eigner Aktien nicht zu den wirklichen Aktionären zählt; nach meiner Theorie spricht also Hachenburgs Argument gerade gegen das Stimmrecht der Gesellschaft: ließe man dieses zu, so könnte es geschehn, daß die Mehrheit der wirklichen Aktionäre durch die von dem Vorstande unterstützte Minderheit überstimmt würde. Aber auch von Rehms Standpunkt aus hat Hachenburgs Argument keine große Beweiskraft. Denn auch dann, wenn man die im Besitz eigner Aktien befindliche Aktiengesellschaft als ihren eignen Aktionär gelten lassen will, muß man zugeben, daß sie ein Aktionär geringerer Art ist als die übrigen Aktionäre, und daß ein Beschluß, der nur mit Hilfe der eignen Aktien der Gesellschaft die Mehrheit erlangt, als eine arge Abnormität erscheint. Am deutlichsten tritt dies im Liquidationsstadium hervor: wie sollten hier die Aktien der wirklichen Aktionäre, auf die doch allein eine Liquidationsquote entfällt,[3] sich bei der Abstimmung die

[1] Staub-Pinner Anm. 16 zu H.G.B. 231.

[2] Staub-Hachenburg Anm. 16 zu § 33.

[3] Siehe oben zu VI.

Konkurrenz eines Aktionärs gefallen lassen, der bei der Liquidation notwendig leer ausgeht?

e) Nahe liegt noch ein weiteres Argument zugunsten des Stimmrechts der Gesellschaft: unstreitig ist es zulässig, daß die einzelnen Vorstandsmitglieder Aktien ihrer Gesellschaft privatim für sich erwerben, und ebenso unstreitig ist es, daß sie wegen dieser Aktien alle Rechte gewöhnlicher Aktionäre, also insbesondere auch das gewöhnliche Stimmrecht haben; ist dies aber richtig, so könne man auch daran keinen Anstoß nehmen, daß der Vorstand als Vertreter der Gesellschaft an der Abstimmung in der Generalversammlung teilnehme. Indes ist auch dies Argument hinfällig. Es ist doch ein sehr erheblicher Unterschied zwischen dem Fall, in dem der Vorstand als solcher kraft einer der Gesellschaft gehörigen Aktie, und dem andern Fall, in dem ein einzelnes Vorstandsmitglied als Privatperson kraft einer ihm selbst gehörigen Aktie abstimmt!

α) Das Vorstandsmitglied hat seine Aktien nicht wie die Gesellschaft aus Gesellschaftsmitteln, sondern aus eignen privaten Mitteln erworben, so daß seine Aktien gerade so „verdienstvoll" sind, wie die der andern Aktionäre. Es wäre also höchst ungerecht, wenn man sie des Stimmrechts berauben würde.

β) Die Unabhängigkeit der Generalversammlung gegenüber dem Vorstande wird durch Zulassung des Stimmrechts eines Vorstandmitgliedes nicht in demselben Maß bedroht wie durch Zulassung eines Stimmrechts des ganzen Vorstandes. Denn die einzelnen Vorstandsmitglieder sind in ihrer Eigenschaft als Aktionäre rechtlich von dem Vorstande als solchem keineswegs abhängig, und es ist unbedenklich statthaft, daß sie — z. B. weil sie innerhalb des Vorstandes in der Minderheit geblieben sind — in der Generalversammlung gegen einen Beschluß des Vorstandes stimmen.

f) Der Übelstand, daß durch die Ablehnung eines Stimmrechts der Gesellschaft die Bildung gewisser qualifizierter Mehrheiten erschwert wird, fällt praktisch kaum ins Gewicht, da die Zahl der der Gesellschaft gehörigen Aktien nur selten eine große sein wird. Dazu kommt, daß sich der nämliche Übelstand auch sonst oft genug einstellt, z. B. wenn einzelne Aktionäre wegen irgend einer Interessenkollision von der Abstimmung ausgeschlossen sind.

XI. Das Ergebnis unsrer Erörterung ist, daß meine Theorie, welche eine Aktiengesellschaft, die eigne Aktien erwirbt, nicht als ihren eignen Aktionär ansieht, sich nicht bloß theoretisch, sondern auch durch ihre praktischen Folgen empfiehlt. Der einzige erhebliche Übelstand, den sie mit sich bringt — daß sie nämlich unter Umständen die Aufstellung einer sehr verwickelten Jahresbilanz

nötig macht — wird reichlich durch den Vorzug ausgeglichen, daß sie es ermöglicht, der Gesellschaft das praktisch überaus bedenkliche Stimmrecht wegen ihrer eignen Aktien zu versagen.

XII. Absichtlich übergangen ist in dieser Abhandlung der Fall, daß eine Aktiengesellschaft eigne Aktien zum Zweck der Herabsetzung des Grundkapitals, sowie der Fall, daß sie eigne Interimsscheine erwirbt. Beide Fälle waren für das Problem, das die Abhandlung verfolgt, ohne Interesse.

**Hermann Rehm**
Straßburg i. E.

# Die überstaatliche Rechtsstellung der deutschen Dynastien.

Vor drei Jahren, in meinem 1904 erschienenen Buche „Modernes Fürstenrecht", bekannte ich mich ausführlich zu der Anschauung, um agnatische Thronfolgerechte aufzuheben oder zu verändern, reiche in Deutschland ein Landesgesetz nicht aus, es bedürfe hierfür außerdem der Zustimmung der Agnaten, also eines fürstlichen Hausgesetzes.

Diese Anschauung aufnehmen heißt den modernen Staat wissenschaftlich von Grund aus anders aufbauen, als man bislang gewohnt war. In grundlegenden Fragen des Staatsrechtes muß ein völliger Frontwechsel erfolgen. Was man vordem verteidigte, ist zu verwerfen und zu verteidigen, was man früher verwarf. Der stolze Nacken muß gebeugt und unter einem Joche durchgegangen werden, ähnlich dem, das Bischof Remigius von Rheims mit den Worten aufgerichtet hat: Adora, Sigamber, quod incendisti, incende, quod adorasti.

Bei solcher Sachlage wäre es vermessen gewesen, hätte ich für meine Beweisführung sofort auf allgemeineren Beifall gehofft. Das Gegenteil mußte ich erwarten.

Und so traf es auch ein. Die Zahl derer, die zustimmten, war gering. Von solchen, die schon vorher ähnlicher Meinung waren, taten es für das Ergebnis Kohler,[1] für die materielle Seite der Beweisführung auch Bernatzik.[2] Neu tritt der Lehre Zorn[3] bei. Auch v. Kirchenheim[4] scheint ihr nicht abgeneigt. Keil,[5] den staatsrechtlichen Schulen unabhängig gegenüberstehend, ist unparteiisch genug, um wenigstens anzuerkennen, das letzte Wort in der intrikaten Sache sei noch nicht gesprochen. Auch der oldenburgische Staatsminister von Willich gab aus Anlaß eines praktischen Falles am 7. Oktober

[1] Einführung in die Rechtswissenschaft 2. Aufl. 1905 § 60.

[2] Schmollers J. 30 336. Jetzt auch Arndt D.J.Z. 12 253.

[3] In Rönnes Staatsrecht der preuß. Monarchie 2 (5. Aufl. 1906) 21 und 51.

[4] Z.Bl. f. Rechtsw. 1904 S. 187.

[5] Jur. Lit. Bl. 1905 S. 170.

1904 vor der Ständeversammlung seines Landes die Erklärung ab, die Frage, ob die Regelung der Thronfolge von Fürst und Landtag ohne Rücksicht auf etwaige agnatische Ansprüche vorgenommen werden könne, sei in der Staatsrechtslehre eine noch nicht ausgetragene.[1]

Anders die Mehrzahl der Theoretiker des Staatsrechts[2] und ihre Anhänger.[3] Ablehnung und — zumal bei den Jüngeren — Entrüstung über den Abfall vom rechten Glauben. Einer von ihnen glaubt sich sogar befugt, die ganze neue Lehre mit dem einzigen liebenswürdigen Satze abzufertigen: Historische Empfindungen können ernste wissenschaftliche Resultate nicht in Frage stellen. Und doch hätte gerade er die Verpflichtung gehabt, denen, die er verurteilt, die Entscheidungsgründe nicht vorzuenthalten. Sein Thema — die Lehre vom Thronverzicht — forderte es. Ein andrer Schriftsteller, der über den gleichen Gegenstand schrieb, ein tüchtiger Anfänger,[4] verfuhr freundlicher. Er besaß die Objektivität, zu unseren Fragen sich sachlich zu äußern.

Gegenüber all diesen Angriffen darf ich mit einem Gegenstoß nicht länger säumen. Ich beschränke meine Entgegnung auf den Hauptpunkt. Er betrifft die allgemeine Frage des Verhältnisses von fürstlichem Haus- und staatlichem Landesrecht in Thronfolgesachen. Nach wie vor behaupte ich, daß es in diesen Dingen ein doppeltes Staatsrecht gibt, eines, das vom Staate ausgeht und für den Staat gilt: das Staatsrecht im technischen Sinne, und dann ein Staatsrecht, das zwar für den Staat gilt, aber nicht von ihm ausgeht: das Fürstenrecht. Fest halte ich also an der Lehre: in den Angelegenheiten des Thronrechtes steht das fürstliche Hausrecht heute noch dem Landesrechte selbständig gegenüber; insoweit gibt es auch jetzt noch

---

[1] S. Rehm, Oldenburger Thronanwärter 1905 S. 7.

[2] Jellinek, Recht des modernen Staates 1 (2. Aufl. 1905) 165, 660; derselbe, System der subj. öffentlichen Rechte 2. Aufl. 1905 S. 146; Anschütz in G. Meyers Lehrb. des deutschen Staatsrechtes 6. Aufl. 1905 S. 257 f.; Bornhak in Hirths Ann. 1904 S. 416; Schücking, Jur. Lit. Bl. 17 3 ff.; derselbe, Die Nichtigkeit der Thronansprüche des Grafen Alexander von Welsburg in Oldenburg 1905 S. 48 Tezner, Die Sukzessions- und Verwandtenrechte des Prinzen Alexander von Oldenburg genannt Graf von Welsburg 1905 S. 59 ff.; von Stengel Kr.V.J.Schr. 46 294 ff.; Gierke in einem Gutachten „über die Thronfolgefähigkeit der Söhne des verstorbenen Grafregenten Ernst zur Lippe-Biesterfeld im Fürstentum Lippe" 1905 S. 18; Triepel, Liter. Z. Bl. 1904 S. 996; von Frisch, Der Thronverzicht 1906 S. 66; Otto Mayer Arch. öffl. R. 21, 449 (aber auch 18, 348 Z. 3 v. u.).

[3] Smend, Die preuß. Verfassungsurkunde im Vergleiche mit der belg. 1904 S. 20 u. 48; Reidelhuber, Hausrecht und Staatsrecht 1906; Friese, Thronfolge und Agnatenrecht 1906; Frhr. von Dungern, Grenzen des Fürstenrechts 1906.

[4] P. Abraham, Der Thronverzicht nach deutschem Staatsrecht 1906.

in innerstaatlichen Dingen eine außer- und überstaatliche Rechtsordnung.

Vor Eintritt in die stoffliche Darlegung sei mir noch die Bemerkung verstattet, daß ich mich bemühen werde, bei meinen Erörterungen alles Persönliche zu vermeiden. Ich bin der Meinung, es fördert die sachliche Klarheit nicht, wenn der Austausch der Anschauungen mit unsachlichem Beiwerk durchsetzt wird. Sowenig es einer objektiven Behandlung der Streitfrage dient, wenn die Lehre, der ich anhänge, aus dem gegnerischen Lager als höfisch und legitimistisch gebrandmarkt wird, so wenig würde ich die wissenschaftliche Erkenntnis fördern, wollte ich die entgegengesetzte Anschauung, um ihr politisch eins zu versetzen, republikanisch und demagogisch nennen. Anschütz darf ich dann wohl noch daran erinnern, daß es wissenschaftlich nicht verfängt, wenn man, um den Gegner zu werfen, politisch unmögliche Beispiele wählt. So gut wie ich kennt er das zutreffende Wort Jellineks[1]: Das politisch Unmögliche kann nicht Gegenstand ernsthafter juristischer Untersuchung sein.

Und nun zur Sache.

## 1.

Was an erster Stelle gegen die Lehre von der Unentziehbarkeit der Agnatenrechte vorgebracht wird, ist der Satz: die Rechte der Agnaten wurzeln im alten Reichsrecht; mit dem alten Reiche ist daher ihre Grundlage weggefallen; also sind sie seitdem vogelfrei.

Allein die Behauptung, bis zum Ausgange des alten Reiches habe das Reichsrecht die rechtliche Grundlage jener Rechte abgegeben, ist unzutreffend. Für das 15. und 16. Jahrhundert kann das noch gesagt werden. Da stand die Überzeugung noch nicht fest, daß Akte der Hausgesetzgebung auch gültig sind, wenn sie gemeinem Rechte widersprechen. Da leitete man das Recht der Dynastengeschlechter zum Erlaß von Hausstatuten noch ab aus der vom Reich zu Lehen genommenen Gerichtsgewalt. Auch die erste Hälfte des 17. Jahrhunderts war noch schwankend. Aber von der Mitte dieses Säkulums ab galt es für ausgemacht, daß die Wurzel jener Autonomie in anderem als reichsrechtlicher Zulassung, kaiserlicher Verleihung und ähnlichem, zu suchen sei. Jetzt war erkannt, daß die fürstliche Satzungsgewalt ursprünglich, im Wege der Gewohnheit sich entwickelt habe.

Weder mit dem Reich noch mit der Landeshoheit stand sie im Zusammenhange. Hausgesetze, die einen dem Reichsrechte widerstreitenden Rechtssatz aufstellten, waren gültig auch ohne kaiserliche

[1] a. a. O. 1 17, 165, 735.

Genehmigung. Und nicht nur der Landesherr, sondern jedes volle Mitglied des Hauses konnte für sich und seine Linie autonomische Satzungen erlassen. Wenn der Landesherr in Ausübung des Autonomierechtes an die Zustimmung der Agnaten gebunden war, so kann dies nicht so aufgefaßt werden, als läge hierin lediglich eine Beschränkung des Landesherrn in Ausübung seiner Landeshoheit. Solcher Beschränkung unterlagen auch die anderen Agnaten, die Haussatzungen schaffen wollten. Wie sie zu solchen Akten der Zustimmung ihrer volljährigen Linienagnaten bedurften, so bedurfte derartigen Einverständnisses auch der Landesherr, wenn er Hausgesetze erließ. Es war die Zustimmung von Gleichgeordneten. Nicht kraft seiner Landeshoheit, sondern als Hausmitglied stand ihm die Satzungsgewalt zu. Jeder Agnat besaß für seine Linie die hausgesetzgebende Gewalt.

Und was den ersten Punkt angeht, so hatte man bereits früher ja nur die Nachfolge in die Reichslehen auf kaiserliche Verleihung (ursprünglichen Lehensvertrag) zurückführen können. Die Reichsallodien beruhten niemals auf dieser Grundlage. Aber schon im 17. und völlig im 18. Jahrhundert war es nicht mehr üblich, die Nachfolge in die Reichslehen aus jener Reichsverleihung abzuleiten. Von den mittleren Jahrzehnten des 17. Jahrhunderts ab läßt sich aus Dutzenden von Hausgesetzen der Nachweis erbringen, wie der Titel des Rechtes auf Nachrücken in die Landeshoheit nicht mehr in Lehens-, sondern in Hausverträgen gefunden wurde. Pacta familiae, Erbverträge, Erbvereine, Erbeinigungen, Familienrezesse, letztwillige Verfügungen, Testamente und Kodizille sind es, in denen die Seitenerbfolge, die Erstgeburtsordnung, die Ausstattung der jüngeren Söhne und der Töchter, die Ebenbürtigkeits- und Regentschaftsfrage und gar manches andere auf die Thronfolge Bezügliche Regelung fand. Wohl wurde für derlei Hausgesetze sehr häufig die Genehmigung eingeholt. Aber erforderlich war sie nicht zur Rechtsgültigkeit des Hausgesetzes als solchen. Sondern erforderlich war sie lediglich, soferne einer darin enthaltenen Verfügung die Rechte des Kaisers entgegenstanden, die ihm als obersten Lehensherrn oder als besondere kaiserliche Reservatrechte zukamen. Hier folgt die Zustimmungsnotwendigkeit aus der allgemeinen Rechtsregel, daß durch hausrechtliche Normen subjektive Rechte Dritter nicht abgeändert oder aufgehoben werden konnten. Wurde ohne dies Erfordernis die kaiserliche Gutheißung erbeten, so geschah es nur, um dem Hausgesetze höheres Ansehen zu verschaffen, also aus Zweckmäßigkeitsgründen. Wurde die Einwilligung in Fällen versagt, in denen sie notwendig war, so hatte dies lediglich die Ungültigkeit der Bestimmungen des Hausgesetzes zur Folge, die ohne kaiserliche Ratifikation Gültigkeit nicht erlangen konnten. Der übrige Inhalt blieb davon unberührt.

Ich erspare mir die näheren Belege für das Vorgetragene. Sie finden sich in einer Vollständigkeit, der nichts Wesentliches hinzuzufügen wäre, bei EDGAR LÖNING, Die Autonomie der standesherrlichen Häuser Deutschlands nach dem Rechte der Gegenwart 1905 S. 23ff. Diese im Auftrage des Vereins der deutschen Standesherren geschriebene Denkschrift legt mit der Sicherheit und Kraft der Überzeugung, die allen Werken ihres Verfassers eigentümlich ist, die ganze Frage klar. Wir fassen zusammen: nicht kraft Reichsrechtes, sondern kraft Hausrechtes, vi pactorum familiae galten die Agnaten als nachfolgeberechtigt; zwischen Reichslehen und Reichsallodien wurde dabei nicht unterschieden; die Nachfolge in beide Arten von Rechten hatte ihren Titel in der Rechtsordnung des Hauses.

Nicht läßt sich etwa noch meinen: trotzdem beruhen jene agnatischen Ansprüche auf Reichsrecht; denn die Familienverträge führen ihrerseits wieder auf eine Duldung seitens des Reiches zurück. Diese Duldung müßte nachgewiesen werden. Wo sind die Kundgebungen des Reichswillens, aus denen mit Sicherheit zu entnehmen wäre, das Reich habe den Mitgliedern der fürstlichen Familien insgesamt und linienweise die Befugnis eingeräumt, autonomische Satzungen zu erlassen? Im Kampfe mit dem Reichswillen vielmehr ist der Satz entstanden, daß Hausgesetze der Reichsgesetzgebung und dem Reichsherkommen widersprechen dürften.

Man ziehe für das Gegenteil nicht etwa die deutsche Bundesakte Art. 14 heran! Dort wird bezüglich der mediatiserten Geschlechter allerdings gesagt: es sollten nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassung ihre noch bestehenden Familienverträge aufrechterhalten und ihnen für die Zukunft die Befugnis zugesichert sein, über ihre Güter- und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen. Allein hieraus folgt keineswegs, daß man der Anschauung war, die Familienverträge beruhten auf Reichsrecht. Hingewiesen will damit nur sein auf die Schranken, die jener Autonomie allerdings vom Reichsherkommen gezogen waren.[1] Die fürstliche Autonomie galt zur Zeit der Reichsauflösung zwar für eine reichsrechtlich beschränkte, aber doch nicht mehr für eine reichsrechtlich verliehene Befugnis. Sie wurde als ein ursprünglich erworbenes Recht angesehen. Und auf sie wurden die Agnatenrechte gegründet. Wie die Rechte der Stände im Lande, wurden auch sie auf Verträge, und zwar sie auf Familienverträge, zurückgeführt.

## 2.

Hieraus folgt: die Landesgewalt konnte deswegen, weil das Reich wegfiel, wohl Rechte beseitigen, die auf Reichsrecht beruhten, aber

[1] Beschränkung im Zweck (splendor familiae), durch die Rechte der Agnaten und Dritter und durch das Kirchenrecht. S. LÖNING a. a. O. S. 39ff.

nicht Ansprüche, die aus einer der Landeshoheit gleichgeordneten Quelle flossen, und dies war bei den Thronanrechten der Agnaten der Fall, denn die Satzungsgewalt der fürstlichen Häuser war nicht aus der Landeshoheit erwachsen; sie stammt aus einer hiervon unabhängigen Rechtsquelle; selbst der Landesherr besaß sie allein kraft seiner Hauszugehörigkeit, und er besaß sie lediglich als erster unter Gleichen.

Allein da wird nun eingewendet: auch wenn die Autonomie der hochadeligen Häuser im letzten Jahrhundert des Reiches als ursprünglich erworben galt, so hatte sie sich doch als eine von der Landeshoheit unabhängige Rechtsquelle lediglich aus dem Grunde zu bilden vermocht, weil die Agnaten reichsunmittelbar waren. Mit der Reichsauflösung fiel diese Freiheit von Unterordnung unter die Landeshoheit weg. Also konnte jetzt der Landesherr ihnen ihre Thronanrechte entziehen.

Die Voraussetzung ist zutreffend, aber nicht die Folgerung. Mit dem Wegfall der Reichsunmittelbarkeit verloren bloß diejenigen Agnaten ihre Freiheit von Unterordnung unter das Haupt des Hauses, die in dessen Gebiete wohnten. Denn lediglich sie wurden seine Untertanen, da die Landesuntertänigkeit damals noch auf dem Wohnsitzprinzip beruhte. Und auch von ihnen wurden nicht seine Untertanen alle, die selbst Landeshoheit besaßen, aber außerhalb ihres Herrschaftsgebietes lebten. Denn par in parem non habet imperium.

Es gab zwei Klassen von Agnaten, solche, die Untertanen des Hauschefs wurden, und solche, die es nicht wurden. Nur die Rechte der ersteren Gruppe wären aus jenem Grunde entziehbar geworden. Allein dieser Rechtsatz entstand nicht. Kein Haus- oder Staatsgesetz seit der Reichsauflösung macht zwischen den Thronansprüchen der Agnaten danach Unterschiede, ob sie im Lande oder außerhalb desselben wohnen. Die Anrechte der ersteren werden nicht anders und jedenfalls nicht schlechter behandelt als die Anrechte der letzteren. Auch ihr Recht der Zustimmung zu Hausgesetzen wurde hiernach nicht unterschiedlich normiert. Alle Agnaten wurden nach wie vor als gleichberechtigt angesehen, die Thronfolge nach wie vor als einheitliche Hausangelegenheit betrachtet. Leicht erklärlich. Denn die Dynastien waren auch jetzt noch meist Gesamthäuser, d. h. solche, von denen Nebenlinien selbst regierten, oder wenigstens solche, von welchen Zweige ständig in anderen Staatsgebieten lebten.

## 3.

Drittens meint man: die Thronfolge hat aber um deswillen aufgehört, eine von der Landesobrigkeit unabhängige Hausangelegenheit zu bilden, weil das Land noch im Laufe des 18. Jahrhunderts oder wenigstens im Anfange des 19. Jahrhunderts Persönlichkeitsnatur annahm. Der Fürst wurde hierdurch Landes- oder Staatsorgan.

Organ heißt aber Werkzeug eines höheren Willens, von dem man rechtlich seine Stellung herschreibt. Ist von da ab die Stellung des Landesherrn rechtlich als eine solche aufzufassen, die er vom Lande oder Staate besitzt, so gilt das Gleiche für die Rechte der Agnaten. Die Thronfolge hat aufgehört, Hausangelegenheit zu sein. Sie ist Landesangelegenheit geworden. Der Wille, von dem die Thronrechte stammen, kann sie auch entziehen.

Nun steht gewiß fest, daß ein nicht geringer Teil der deutschen Landesherren des 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts sich nicht bloß religiös, sittlich und politisch verpflichtet hielt, die landeshoheitlichen Befugnisse ausschließlich zu Nutz und Frommen der Landeskinder zu gebrauchen. Keinen Augenblick möchte ich bezweifeln, daß Herrscher, die im Zeitalter der Staatsvertragstheorie leben, mit dem Worte: wir sind des Staates erste Diener, eine rechtliche Vorstellung verbanden. Aber das ist der große Fehler, der gemacht wird, wenn man vom Übergange zum Gedanken der Staatspersönlichkeit spricht, daß man glaubt, dieser Übergang hätte sich in der Form vollzogen, daß der Staat von jetzt ab für eine Korporation gehalten wurde.

Man übersieht dabei ein Doppeltes. Einmal wie es zwei Arten von Verbandspersönlichkeiten gibt, Anstalts- und Korporationspersönlichkeiten. Das eine jene menschlichen Verbandseinheiten, die von außen geleitet werden, das andere Gemeinschaftspersönlichkeiten, die sich selbst verwalten. Das zweite, was vergessen wird, ist der Grundsatz der Allmählichkeit aller geschichtlichen Entwicklung. So wenig wie die Natur macht die Geschichte für gewöhnlich Sprünge. Die Entwicklung der deutschen Lande an der Wende zum 19. Jahrhundert war keine stürmisch fortschreitende. Sie vollzog sich in ruhigem Ebenmaß. Daher ist es nahe liegender, daß das Land zunächst lediglich Anstaltspersönlichkeit annahm.

Die Landesherren, die schon früher die Domänen nach ihrem Zwecke gebunden, für ein zweckgebundenes Hausfideikommiß erklärt hatten — in Preußen 1713 (in Bayern 1804) —, haben dem Lande damals wohl das Eigentum an den Domänen abgetreten (in Preußen 1794),[1] aber keinem von ihnen fiel es ein, seine Landeshoheit der Substanz nach auf den Staat zu übertragen. Das Land wurde nicht Subjekt der Staatsgewalt. Staatspersönlichkeit bedeutete in bezug auf die Staatshoheitsrechte nur: die einzelnen Staatsuntertanen werden rechtlich Destinatäre der Staatsgewalt: ihrer Gesamtheit, dem Volk wird unter dem Namen Staat ein Rechtsanspruch gegen die Fürsten verliehen, inhaltlich dessen diese die Rechtspflicht haben, ihre Gewalt, deren Subjekt sie bleiben, im Interesse der Untertanen auszuüben.

[1] In Bayern erst mit dem Übergang zum Verfassungsstaate 1818.

Man werfe dagegen nicht ein: aber die Fürsten nannten sich Diener des Landes und der maßgebende Titel (II 13) des preußischen Landrechtes trägt die Überschrift „Von den Rechten und Pflichten des Staates". Gewiß ist dies die Ausdrucksweise der Vertrags-, der Korporationstheorie. Aber schwerer als Rechtsausdrücke wiegen Rechtstatsachen. Es fehlen alle Akte, aus denen zu entnehmen wäre, daß die Fürsten die Hoheitsrechte auf den Staat übertragen. Die Landeshoheit war bisher Hausfideikommiß. Wo sind die Urkunden, in denen die Agnaten darein willigen, daß der Fideikommißherr die Hoheit der Substanz nach an den Staat abtrete? Gegen die Annahme stillschweigender Abtretung spricht der Inhalt des preußischen Landrechtes mit einer Deutlichkeit, die nichts zu wünschen übrig läßt. So sehr das bedeutende Gesetzgebungswerk sonst ins einzelne geht, über das Thronfolgerecht enthält es auch nicht ein Wort. Es handelt vom „Privatrecht des Landesherrn und der landesherrlichen Familie".[1] Aber die Fragen der Thronfolge, der Reichsverwesung und, was damit zusammenhängt, dies alles übergeht es mit Stillschweigen.

Das ist doch der beste Beweis dafür, wie die Thronfolge nicht Staatsangelegenheit wurde, sondern Hausgegenstand blieb. Der Landesherr blieb Subjekt der Landeshoheit, das Land blieb Anstalt, Besitztum, aber es wurde öffentlichrechtliches Besitztum, der Staat aus einer unpersönlichen eine persönliche Anstalt. Die Untertanen wurden zu Destinatären der Landeshoheit, ihre Gesamtheit unter dem Namen Staat ein Persönlichkeit, die gegenüber dem Fürsten einen staatsrechtlichen Anspruch auf Ausübung der Herrschaftsrechte in ihrem Interesse besitzt. Das Subjekt dieses Rechtes wurde der Staat. Im übrigen blieb er staatsrechtlich Objekt, Gegenstand eines staatsrechtlichen Fideikommisses, dessen Subjekt der Landesfürst und dessen Anwärter die Mitglieder der landesherrlichen Familie sind. Die Landesherren sprechen in der Sprache der Vertragstheorie, aber sie handeln nach den Normen der Herrscher- oder Anstaltstheorie.

In deren Sinn formulieren sie ihre Rechtssätze da, wo sie unsere Fragen mit Bewußtsein berühren und ausdrücklich ordnen.

Wenn die Rheinbundakte öfter als von verbündeten Fürsten (Art. 25) von verbündeten Staaten spricht, so tut dies nichts zur Sache. Das Völkerrecht hat, wie schon sein Name, zeigt, die Staaten von jeher als Korporationen aufgefaßt. Staatsrechtlich kann die Natur des Staates eine ganz andere sein. Gleichgültig ist deshalb auch, daß selbst die Bundesakte an zwei Stellen — Art. 13 und 14 — von Bundesstaaten statt von Bundesfürsten und freien Städten spricht.

Ausschlaggebend ist die Formulierung in denjenigen Bestimmungen, deren Aufgabe darin besteht, den Sitz der Staatsgewalt

[1] II 13 § 17; I 12 § 17; I 11 §§ 676, 677.

rechtlich zu fixieren. Die gemeinsame hierher gehörige Bestimmung für alle deutschen Monarchien findet sich in der Bundesakte vom 8. Juni 1815 und der Wiener Schlußakte von 1820.

Der Deutsche Bund umfaßte anders als der Rheinbund nicht nur Einherrschaften, sondern auch Freistaaten. Wollte er den Staaten die Souveränität beigelegt wissen, so konnte er für die Verbündeten ja die gemeinsame Bezeichnung Staaten wählen.

Er wendet diesen Ausdruck auch für sie an, aber nicht da, wo er die Frage des Subjektes der Staatsgewalt erörtert, sondern in anderem Zusammenhange.

In Art. 2 der Bundesakte wird der Zweck des Bundes festgelegt. Hier lesen wir: „Zweck desselben ist die Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzlichkeit der einzelnen deutschen Staaten." So gut wie hier hätte auch in § 1 gesagt werden können: Die einzelnen deutschen Staaten vereinigen sich zu einem Bunde, welcher der Deutsche Bund heißen soll. Allein Art. 1 soll auch die Frage entscheiden, wer Subjekt der Staatsgewalt, der Souveränität sei. Darum lautet er: Die souveränen Fürsten und freien Städte Deutschlands vereinigen sich zu einem beständigen Bunde, welcher der Deutsche Bund heißen soll.

Für souverän werden bei den Einherrschaften also nicht die Staaten, sondern die Fürsten erklärt. Nur den freien Städten wird Korporationscharakter zuerkannt. Die Monarchien sind zu Anstaltspersönlichkeiten erklärt.

Das nämliche entnehmen wir aus der Wiener Schlußakte.

Auch hier lautet die grundlegende Bestimmung Art. 1: Der Deutsche Bund ist ein völkerrechtlicher Verein der deutschen souveränen Fürsten und freien Städte. Und Art. 2 fährt fort: Dieser Verein besteht in seinem Inneren als eine Gemeinschaft unter sich unabhängiger Staaten. Also will durch Art. 2 daran, daß die Fürsten das Subjekt der Souveränität sind, nichts geändert sein. Das ist nur möglich, wenn die Staaten lediglich Anstaltspersönlichkeit besitzen.

Und zu dem allen stimmt auch Art. 34 der Rheinbundsakte. Dort, wo die Frage des Fortbestands der gegenseitigen Sukzessionsrechte Regelung findet, werden die Länder und Staaten nicht nur noch Besitzungen genannt, sondern als nachfolgeberechtigt die Fürsten und nicht die Staaten bezeichnet. Diese Nachfolgerechte bildeten aber bislang einen Bestandteil der Landeshoheit. Die Fürsten haben ihre Landeshoheitsrechte demnach nicht an die neue Staatspersönlichkeit abgetreten. Auch hinsichtlich der Agnatenstellung blieb daher alles beim alten.

## 4.

Aber schon taucht ein weiterer Einwand auf. Mag sein, daß die Thronfolge nicht Staatsangelegenheit wurde, weil Land und Staat

sich aus einer unpersönlichen Anstalt nur in eine Anstalts-, nicht in eine Korporationspersönlichkeit verwandelten, Hausangelegenheit ist sie deshalb doch nicht geblieben, sondern trotzdem Staatsangelegenheit geworden, und zwar infolge des Erwerbes der Souveränität durch die Landesherren im Jahre 1806. Als souverän wurden diese frei von allen Schranken. Souveränität bedeutet Unbeschränktheit. Demgemäß kann der Fürst die Thronfolge ohne Mitwirkung der Agnaten ordnen.

Nun bin ich der letzte, der leugnet, daß die deutschen Fürsten damals zum Teil die Souveränität so auffaßten. Weil sie jetzt von allen Schranken frei seien, haben sie die Landstände einseitig aufgehoben, den Standesherren alle Rechte genommen, die Thronfolge allein geordnet. Ausdrücklich z. B. berufen sich die nassauischen Herzöge in ihrem Verfassungsedikt vom 1. September 1814 auf ihre unbeschränkte Regierungsgewalt. Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß eine nicht geringe Zahl dieser Unterdrückungsakte tatsächlich notwendig war. Allein folgt daraus, daß die Fürsten über die Rechte Dritter tatsächlich sich hinwegsetzten, daß sie es rechtlich durften?

Jene Theorie von der Souveränität als unbeschränktem Herrscherrecht ist rechtlich und geschichtlich falsch.

Souveränität bedeutet nicht unbeschränkte, sondern nach oben unabhängige Gewalt. Infolge der Aufhebung des Reichsorganismus wurden die Landesherren in ihren Angelegenheiten von einem übergeordneten Willen befreit, aber nicht entbunden von der Mitwirkung gleichgeordneter Willen. Heute hat man eingesehen, daß die deutschen Fürsten rechtsbegrifflich sich irrten, als sie in die Wiener Schlußakte und ihre Verfassungen die Bemerkung setzten, aus dem Begriffe der Fürstensouveränität folge, daß die geamte Staatsgewalt der Substanz nach unverteilt in der Hand des Staatsoberhauptes vereinigt sei.[1] In unseren Tagen wird kaum mehr bestritten, wie eine Beschränkung des Monarchen in dem Sinne, daß er nicht mehr der alleinige Inhaber der Staatsgewalt sei, mit dem Wesen der Souveränitätsbegriffe sich wohl vertrage. Warum sollte es nicht ebenso zulässig sein, zu behaupten: die Fürsten befanden sich auch in einem Rechtsirrtume, als sie glaubten, sie dürften kraft ihrer Souveränität alle Rechte vernichten, die ihren Absichten störend im Wege standen?

Und dazu stimmt auch die Geschichte der Entstehung dieser Fürstensouveränität.

Keineswegs war die Auffassung die, daß durch Erwerb der Souveränität die Herrschaftsgewalt der Landesherren ihr Wesen völlig verändert hätte, zwischen der Landeshoheit vor 1806 und der Staats-

[1] Rehm, Allg. Staatslehre 1899 S. 252, 349f.; Jellinek, Recht des mod. Staates I² 455f., 511f.; E. Kaufmann, Studien zur Staatsl. des mon. Prinzips 1906 S. 38.

gewalt nach 1806 jeder rechtliche Zusammenhang fehle. Sondern der Erwerb der Souveränität war lediglich verstanden als Erwerb einer zur Landeshoheit hinzutretenden Eigenschaft. Die Eigenschaft, die hinzutrat, war die Unabhängigkeit gegenüber andren Gemeinwesen. Die Schranken, die der Landeshoheit angehaftet hatten, Beschränkungen durch die Stände und andere Gleichgeordnete, blieben. Also blieb auch die Beschränkung durch die Rechte der Agnaten. Die Landeshoheit als Thronfolgefrage blieb Hausangelegenheit.

Der die Souveränität erwerbende Herrscher wurde keineswegs als Stifter einer neuen Dynastie angesehen, von dem sich von nun an die Thronfolgeberechtigung ableite. Er trat nicht an die Stelle des alten primus acquirens. Die Souveränität galt ohne weiteres nur als Zuwachs zur alten Landeshoheit. Nicht eine Unterbrechung des Zusammenhangs, eine Loslösung von alten Rechtstiteln, sondern eine Fortsetzung, eine Erweiterung der vorher vorhanden gewesenen Landeshoheit lag nach übereinstimmender Meinung aller vor. Auch die französische Zwischenherrschaft in Deutschland vermochte diese Auffassung nicht zu stören. Trotzdem es das Volk war, das den deutschen Fürsten ihre alten Throne wieder erkämpfte — selbst die sich so souverän gebenden Herzöge von Nassau haben es in ihrem Edikt vom 1. September 1814 anerkannt —, wurde in der wiederhergestellten fürstlichen Herrschaft doch nicht eine von Volk oder Staat neu verliehene Machtstellung erblickt, sondern Fürst und Volk sahen darin lediglich ein Wiederaufleben der alten Landesgewalt, deren Ausübung nur durch äußere Umstände unterbrochen gewesen sei. Ohne alles Bedenken wurde die Herrscherberechtigung wie zuvor aus der Abstammung vom ersten Erwerber der Landeshoheit abgeleitet. Ein weiterer Beweis dafür, daß es auch beim Ersterwerbe der Souveränität niemandem eingefallen war, die Fortdauer des alten Thronfolgerechtes als Übertragung alter Rechtsgrundsätze auf ein Rechtsinstitut von ganz anderem Wesen aufzufassen.

Selbst später — nach 1848 — wurden die Vorgänge des Jahres 1814 nicht anders beurteilt. Im Anfang der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts beschäftigte sich die braunschweigische Ständeversammlung mit der Frage der Zukunft des Landes.[1] Herzog Wilhelm war unvermählt. Da erschien im Januar 1861 unter dem Titel „Die Regierungsfolge im Herzogtum Braunschweig nach dem Erlöschen des braunschweig-wolfenbüttelschen Fürstenhauses“ eine Schrift, deren Absicht war, den Übergang der Herzogswürde auf das hannoversche Königshaus hintanzuhalten. Zu dem Zwecke wurde behauptet, das Herzogtum sei nach der Abwerfung der Fremdherrschaft dem Herzog

[1] Vergl. Rhamm, Die Verfassungsgesetze des Herzogt. Braunschweig 2. Aufl. 1907 S. 79.

Friedrich Wilhelm nicht etwa auf Grund seines Erbrechtes, sondern infolge einer neuen Verleihung seitens der Großmächte wieder zuteil geworden. Das hannoversche Haus habe daher seinen Anspruch verloren, das Herzogtum werde nach dem Tode der Herzöge Karl und Wilhelm ein herrenloses Gut darstellen. Sache der braunschweigischen Bevölkerung sei es deshalb, eintretendenfalls von ihrem Rechte der Selbstbestimmung Gebrauch zu machen. Die Rechtsdeduktionen fanden durchaus keinen Anklang. Sie wirkten überraschend, trotzdem in der Mitte sogar noch eine Fürstenvertreibung, die Vertreibung Herzog Karls im Jahre 1830, lag, dessen Thronentsetzung sich so gut als Beseitigung der alten Rechtsgrundlagen aller Thronfolgeberechtigungen hätte ansehen lassen.

Aber nicht nur als Landesherren-, sondern als Hausangelegenheit wurde die Thronfolge nach wie vor aufgefaßt. In das „Hausfideikommiß", wie sie zum Teil ausdrücklich sagen, haben die Fürsten ihren Neuerwerb, die Souveränität, einverleibt. Nicht nur sie, sondern auch ihre Familien erhalten und zwar offiziell den Beinamen souverän. Ich erinnere nur an den Wortlaut des Bundesbeschlusses vom 18. August 1825 über den Rang und Titel der standesherrlichen Geschlechter. Und vor allem sei die Fassung des Art. 16 der Wiener Schlußakte in das Gedächtnis zurückgerufen. Trotz Souveränität bleiben die Staaten Besitzungen des Hauses. Fortdauer der Anstaltstheorie! „Wenn die Besitzungen eines souveränen deutschen Hauses durch Erbfolge auf ein anderes übergehen, so hängt es von der Gesamtheit des Bundes ab, ob und inwiefern die auf jenen Besitzungen haftenden Stimmen im Plenum, da im engeren Rate kein Bundesglied mehr als eine Stimme führen kann, dem neuen Besitzer beigelegt werden sollen."

Dies ist eine authentische, feierliche Erklärung aller Bundesfürsten. Hatte ich da nicht recht, wenn ich das abweichende Verhalten einzelner Bundesfürsten als eine Episode bezeichnete? Wollen wir doch nicht vergessen, wie schon damals andre deutsche Fürsten die einseitige Aufhebung der Rechte der Landstände oder der Agnaten für eine Rechtswidrigkeit erklärten, wie der hannoversche Bevollmächtigte am 21. Oktober 1814 auf dem Wiener Kongresse unter lebhafter Zustimmung die Erklärung abgab, daß in der Souveränität keine Idee der Despotie liege.[1]

Und nicht anders als damals denkt heute die Staatspraxis. Sind die Behauptungen der Theorie[2] eingetroffen, daß der schwedisch-

[1] Vergl. H. A. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht $1^3$ (1865) 53, 326, 600.

[2] Br. Schmidt, Pfandvertrag über Wismar 1901; Triepel, Völker- und Landesrecht 1899 S. 249.

mecklenburgische Pfandvertrag über Wismar vom 26. Juni 1803 infolge von Veränderungen in der rechtlichen Natur der Gebietsgewalten hinfällig geworden sei? Am 20. Juni 1903 schlossen Schweden und Mecklenburg-Schwerin einen Vertrag dahin, daß das Pfandverhältnis an Wismar erlösche und sich der „Pfandbesitz" des Großherzogs von Mecklenburg-Schwerin daran in vollen und uneingeschränkten „Eigenbesitz" umwandle, und das Reich, also alle deutschen Regierungen, haben dies am gleichen Tage in einem Vertrage des Reiches mit Schweden gutgeheißen.

Und wer würde es heute nicht für einen offenen, wenn auch vielleicht politisch begründeten, Rechtsbruch erklären, wenn die Großherzoge von Mecklenburg einseitig die landständische Verfassung beseitigten? Und doch würden sie nichts anderes tun, als im Jahre 1805 und kurz nachher ihre Standesgenossen in Württemberg, Baden, Hessen, Bayern.[1] Die Rechte der mecklenburgischen Stände beruhen auf Vertrag. Nur im Wege des Vertrages können sie daher geändert werden. Noch 1850 hat dies ein unter Mitwirkung der Könige von Preußen und Hannover zu Freienwalde gebildetes Schiedsgericht ausgesprochen. Weil die von den Ständen für die Auflösung der alten Verfassung gestellten Bedingungen darin nicht erfüllt seien, hat der Freienwalder Schiedsspruch das mecklenburg-schwerinsche Staatsgrundgesetz vom 10. Oktober 1849 für nichtig erklärt.[2]

Auch die Rechte der Agnaten beruhen auf Verträgen mit dem Landesherrn.

## 5.

Sofort wird uns aber wieder ein neuer Gedanke entgegengestellt. Zugegeben, die Thronfolge habe beim Aufstieg zur Souveränität ihre Natur nicht gewechselt, sie blieb Haus- und wurde nicht Staatssache, zugegeben also: der Staat blieb oder wurde 1806 nur Anstaltspersönlichkeit, so trat eine Änderung doch mit dem Übergange zum Verfassungsstaate ein. Im Verfassungsstaate steht der Herrscher nicht mehr über, sondern in dem Staate. Er ist dessen Organ. Denn der Staat ist gewiß jetzt Korporation geworden. Damit aber hat auch die Thronfolge anderes Wesen erhalten. Sie hat aufgehört, Hausangelegenheit zu sein. Jetzt ist sie Staatssache. Hausrecht gilt für sie nur noch so weit, als das Staatsgesetz dies dem Hause einräumt.

Unter allen Umständen ist zutreffend, daß der Staat mit der Aufnahme des Verfassungsprinzipes zu einer Korporationspersönlichkeit wurde. Durchaus sympathisiere ich mit Jellinek,[3] wenn er trotz gegenteiligen Ausdruckes unsrer Verfassungen behauptet, der deut-

[1] Zachariä a. a. O. 1 599.

[2] Sachsse, D.J.Z. 1905 S. 1070ff.

[3] Recht des modernen Staates 1 663.

sche Monarch vereinige auch der Substanz nach keineswegs mehr die gesamte Staatsgewalt in seiner Hand. Mitnichten bildet der König heute noch den Ausgangspunkt aller Gewalten im Staate. Die Rechte des Herrschers, die Volksvertretung in Gang zu bringen, sind lediglich formeller Natur. Das Parlament leitet seine Befugnisse von anderswem als vom Könige ab. Der Staat hat darum Korporationscharakter erhalten. Aber falsch ist es, hieraus zu schließen, der Monarch sei um deswillen zum Korporationsorgan geworden, sein Herrschaftsrecht sei von jetzt an als auf staatlicher Verleihung beruhend zu erachten. Denn der deutsche Staat hat aus dem Grunde, weil er Korporationspersönlichkeit wurde, nicht aufgehört, zugleich Anstaltspersönlichkeit zu sein. Er ist nicht reine Korporation geworden. Der moderne deutsche Staat besitzt nur eine aus Anstalts- und Korporationspersönlichkeit gemischte Staatspersönlichkeit. Er regiert bloß teilweise sich selbst — durch die Volksvertretung —, teilweise wird er noch weiter von außen regiert: vom Herrscherhaus. Die Staatsgewalt oder genauer gesagt die Gesetzgebung im konstitutionellen Sinne des Wortes[1] ist der Substanz nach zwischen Herrscher und Staat als dem herrschaftlich organisierten Volke geteilt. Nicht nur an der Herstellung des Gesetzesinhalts, sondern auch an der Erteilung des Gesetzesbefehls hat die Volksvertretung Anteil. Gemeinsam mit dem Fürsten steht dem Parlamente die gesetzgebende Gewalt zu. Beim Unterzeichnen der Gesetzesurkunde und ihrer Verkündigung handelt der Monarch zugleich als Bote des Parlamentswillens.[2] Aber nur die Volksvertretung schreibt ihre Befugnis vom Staate her. Der Landesherr hat sie aus andrer Quelle. Im deutschen Verfassungsstaate herrscht ebenso wie einst im ständisch verfaßten Territorium, wenn auch in andrer Gruppierung, das Prinzip des Dualismus. Der moderne deutsche Verfassungsstaat ist teils Fürsten-, teils Volksstaat. Das Wort Staat hat in ihm eine doppelte Bedeutung.

A) Nicht kann für das Gegenteil darauf verwiesen werden, daß eine Reihe unsrer Verfassungsurkunden den Satz bringen, der Fürst sei es, der den Staat nach außen vertrete. Die Organschaft des Monarchen werde damit zum Ausdruck gebracht. Man vergesse doch nicht, daß der Ausdruck aus dem Völkerrechte übernommen ist. Dieses

[1] Rehm, Der Gesetzesbegriff und die herrschende Staatsrechtslehre in Deutschland, Verw. Arch. 14 350ff.

[2] Der Nachdruck ist darauf zu legen, daß der Gesetzesbefehl ohne Zustimmung des Parlaments ungültig ist. Hierin liegt für die Auslegung die Weisung, in der Sache und nicht in der Form das Entscheidende zu erblicken. Die Analoga aus dem Aktienrecht bilden die Fälle, in denen ein Vertretungsakt des Vorstandes ohne Zustimmung der Generalversammlung ungültig ist (H.G.B. 205, 207, 270, 283, 303). Dies gegen Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht 1907 S. 110. Auch E. Löning (Art. Staat H.W.B. der Staatsw.[2] 6 934) nimmt Zustimmung zum Erlasse selbst an.

konstruiert, wie schon einmal bemerkt, jeden Staat von jeher als Korporation. Was völkerrechtlich als Korporation gilt, muß es nicht auch staatsrechtlich sein. Nur nicht an einen gelegentlichen Ausdruck so weitgehende Folgerungen knüpfen! Was soll denn der Rechtssatz? Doch lediglich eine Zuständigkeitsbestimmung geben, feststellen, daß an der Wahrnehmung der staatlichen Angelegenheiten im Verkehr mit anderen Staaten das Parlament keinen Anteil besitzt.

Ebensowenig kann dafür, daß der Staat reine Korporationspersönlichkeit sei, etwas aus dem Umstande abgeleitet werden, daß die Staatsgrundgesetze jetzt auch Bestimmungen über die Thronfolge enthalten. Hierin liegt kein genügender Anhaltspunkt für die Annahme, der Herrscher habe die Staatsgewalt der Substanz nach völlig an den Staat abgetreten. Zunächst kommt in dieser Beziehung nachstehendes in Betracht.

Es gibt Staatsgrundgesetze, in denen jede Bestimmung über die Thronfolge fehlt. Es sind die Verfassungsurkunden für Sachsen-Weimar und Anhalt und bis vor kurzem auch von Lippe. Würde aus der Tatsache, daß die Verfassungen die Thronfolge regeln, sich ergeben, daß der Herrscher nunmehr als Staatsorgan anzusehen sei, so wäre die Folge, daß die Stellung des Monarchen in den einzelnen Verfassungsstaaten Deutschlands rechtlich einen durchaus verschiedenen Charakter besäße. Der König von Preußen wäre Staatsorgan, der Großherzog von Weimar stünde über dem Staate. Dies anzunehmen, widerspricht dem gleichmäßigen Gang der geschichtlichen Entwicklung in unseren Verfassungsmonarchien.

B) Aber der Punkt ist nebensächlich. Um die Verfassungsbestimmungen über Thronfolge recht zu verstehen, muß man sich gegenwärtig halten, wie alles Verfassungsrecht den Niederschlag politischer Ideen bildet. Die Rechtsbegriffe der Verfassungen entstammen politischen Anschauungen. Die Sprache der Verfassungen ist die Sprache des politischen Schlagworts. Von den politischen Gegensätzen, die zur Zeit der Entstehung der Staatsgrundgesetze herrschen, ist darum auszugehen.

Die Monarchie als Einherrschaft zu definieren, den Unterschied der Verfassungsformen mit Bodin allein auf dem Zahlenunterschied zwischen den Herrschenden aufzubauen, ist heute nicht mehr möglich.

Monarch bedeutet in unseren Tagen ein Doppeltes.

1. Zunächst den Chef der vollziehenden Gewalt im konstitutionellen Sinne dieses Wortes, soferne er rechtlich fürstliche Ehren genießt.[1] Diese Titel- und anderen Ehrenrechte haben keineswegs nur

[1] Aus dem Grunde kann es auch ein Doppelkönigtum geben: eine Mehrzahl von Herrschenden, von denen jeder königliche Ehren genießt. Deutschland daher ein monarchischer und kein aristokratischer Bundesstaat.

nominelle, sondern sehr erhebliche tatsächliche Bedeutung. Im Inneren wie nach außen.

Das Staatshaupt, das jene Ehren besitzt, verfügt über größeren Einfluß beim Volke als das Staatshaupt, dem solche Ehren fehlen. Als sich Norwegen 1905 von Schweden losriß, da lag doch nach der ganzen Art, wie diese Lostrennung betätigt wurde, und nach der Form, in der das norwegische Staatswesen verfassungsmäßig sich aufbaut, nahe, daß der nunmehr völlig selbständige Staat die republikanische Regierungsform annehme. Der eine Grund, warum man sich für Beibehaltung der monarchischen Verfassungsform entschied, war die Anschauung, einem König gelinge es leichter als einem Präsidenten, gegenüber einem zerfahrenen Parlamente die Interessen von Staat und Volk zu vertreten.

Die andere Ursache, aus der die Staaten statt der republikanischen die monarchische Regierungsform wählen, liegt in der Befestigung, die das Land in seiner internationalen Lage dadurch gewinnt. Berlin und Hamburg überragen manch deutschen Staat an weltwirtschaftlicher Bedeutung, aber an politischem Einfluß stehen sie hinter ihm zurück. Es fehlt ihnen der politische Faktor der Dynastie. Die Regierung des Landes tritt bei Ausstattung ihres Hauptes mit monarchischen Ehren nicht bloß in Beziehung zu fremden Regierungen, sondern auch zu fremden Dynastien. Der Präsidentschaft, selbst wenn sie eine erbliche wäre, ist solcher Verkehr versagt. Die Verbindung mit fremden Dynastien ist von Bedeutung, weil die regierenden Häuser einen selbständigen Machtfaktor des internationalen politischen Lebens darstellen. Für die internationalen Beziehungen ist nicht nur die Gruppierung der Staaten, sondern auch die Gruppierung der Dynastien wichtig. Es gibt einen internationalen Herrscherstand. Für Serbien ist es gleichgültig, wie die herrschende Dynastie heißt, Obrenowitsch oder Karageorgewitsch. Aber eine Dynastie muß Serbien haben. Es kann keine Republik sein. Nicht nur der Kredit Serbiens im Auslande wird dadurch gebessert, sondern auch das politische Vertrauen der Mächte zu dem jungen Staatswesen wird auf diese Art gefestigt. Die europäischen Großmächte haben die Anerkennung der Selbständigkeit Norwegens 1905 an die Bedingung geknüpft, daß der nunmehr völlig unabhängige Staat bei der monarchischen Staatsform verharre, da diese Staatsform die Gefahr der Störung des europäischen Staatsfriedens durch das neue selbständige Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft in erheblichem Maße herabmindere.

2. Monarchie bedeutet aber noch ein anderes. Monarchie bedeutet zweitens den Gegensatz zu Volkssouveränität, so viel wie monarchisches Prinzip, Fürsten- oder Herrschersouveränität. Es bedeutet noch, daß die Stellung des fürstlichen Staatshauptes rechtlich sich nicht weiter ableite, der König nicht Delegatar des Volkes sei.

a) Ich höre sofort den Einwand von JELLINEK[1] und seiner Schule.[2] Volks- und Fürstensouveränität seien rechtlich bedeutungslose Gegensätze, politische Prinzipien, Ideen, die im deutschen Verfassungsrechte keine Verwirklichung gefunden hätten. Auch E. LÖNING[3] teilt die Meinung.

Allein mit dieser Auffassung befindet sich die moderne deutsche Staatsrechtswissenschaft in glänzender Vereinsamung. Die Lehr- und Handbücher des Auslandes über Verfassungsrecht erblicken in dem Gegensatze die Grundlage aller staatsrechtlichen Erkenntnis.

Der Unterschied beschäftigt den politischen Kampfplatz seit Jahrhunderten. Blut ist um seinetwillen geflossen. Bürger- und Staatskriege hat er verursacht. Und dennoch soll er lediglich der Politik angehören, im Verfassungsrechte keinen Niederschlag gefunden haben!

Die herrschende Lehre will die Sache so darstellen, als besitze der Unterschied Bedeutung lediglich für die Art der Entstehung der Monarchie. Einmal entstanden, sei jede Monarchie eine staatsorganschaftliche. LÖNING andererseits meint, auch in den Staaten der Volkssouveränität sei der König Inhaber (Subjekt) der Staatsgewalt, Nachfolger, aber nicht Vertreter des Volkes in der Herrschaft. KOHLER[4] geht sogar so weit, daß er auch dem gewählten Könige ureigenes Recht an der Herrschaft zuspricht. Nicht weil er gewählt sei, sondern weil die durch die Wahl bezeichnete Person der geborene, der durch Vorsehung bestimmte König sei, deshalb trage der Herrscher die Königswürde.

b) Ich bedauere keiner dieser Meinungen folgen zu können.

Wir wollen nur von der vorwiegenden reden.

Da kommt bereits in Äußerlichkeiten ein Unterschied zwischen den Staaten der Herrscher- und der Volkssouveränität zum Ausdruck. In Staaten mit Herrschersouveränität ist z. B. eine Bestimmung, wie die des Art. 79 der belgischen Verfassung, wonach in der Zwischenzeit zwischen dem Thronfall und der Eidesleistung des Nachfolgers die königlichen Rechte vom Gesamtministerium im Namen des Volkes ausgeübt werden, einfach unmöglich. Es heißt sich über Rechtssätze hinwegsetzen, wenn man, wie dies SMEND tut,[5] die Worte „au nom du peuple belge" für rechtlich belanglos erklärt. Verfährt die herrschende Lehre mit den Ausdrücken: „Im Namen des Herrschers", „im Namen des Reiches" und ähnlichem ebenso?

Indes halten wir uns bei Formulierungsverschiedenheiten nicht auf. Wichtiger sind materielle Rechtsunterschiede.

[1] a. a. O. 1 459.

[2] z. B. SMEND 49.

[3] a. a. O. 930; ferner in der Haller Festgabe für FITTING 1903 S. 312.

[4] Einführung in die Rechtswissenschaft[2] 1905 § 57.

[5] a. a. O. S. 49.

Wo das Prinzip der Fürstensouveränität gilt, da kann die Volksvertretung dem Herrscher rechtlich nicht überlegen, hier muß ihr Steuerverweigerungsrecht ein (auf die Verweigerung neuer Einnahmen) beschränktes sein. Nur dort, wo die Verfassung auf dem Gedanken der Volkssouveränität aufgebaut ist, vermag das Parlament ein unbeschränktes Steuerverweigerungsrecht zu besitzen.

Von jeher hat man dann mit dem Gedanken der Volkssouveränität die Vorstellung von der rechtlichen Absetzbarkeit des Monarchen verbunden. Wo daher dies Prinzip nach geschriebenem oder ungeschriebenem Recht in Geltung steht, ist darin zugleich der Rechtssatz enthalten, daß die Absetzung rechtlich statthaft sei. Die Praxis in England in früheren Jahrhunderten, das Verfahren in Norwegen vor zwei Jahren bestätigen es. Auch in der Rechtslehre dieser Staaten besteht hierüber kein Zweifel.[1]

Wo das Prinzip des Volkskönigtums nicht in Geltung steht, da ist der Herrscher rechtlich unabsetzbar. Und keineswegs, daß das Staatsrecht dieser Staaten der Herrschersouveränität diesen Gedanken nicht auch rechtlich formuliert hätte. Man hat den Gegensatz im politischen Streite durch die Gegenüberstellung der Formeln von Gottes und Volkes Gnaden gekennzeichnet. Oft gingen der Feststellung der Verfassungen harte Kämpfe darüber voraus, ob in ihnen der Fürst als König von Frankreich und von Gottes Gnaden oder als König der Franzosen, der Belgier, der Hellenen ohne den Zusatz von Gottes Gnaden zu bezeichnen sei. Steht darum die eine oder die andre Formel in der Verfassung, dann besitzt sie auch rechtliche Bedeutung. Und diese rechtliche Bedeutung ist, wie sonst, zu entnehmen aus der Entstehungsgeschichte, hier also aus der politischen Bedeutung, die vorher im politischen Streite damit verbunden war. Die Sprache der politischen Werkstatt, in der die Gesetze gezimmert werden, nicht die Sprache der juristischen Beobachtungsstation, in der sie wissenschaftlich wieder zerlegt werden, ist der Gesetzeserklärung zugrunde zu legen. Dem Leben, dem das Gesetz dient, dem Rechtsmaterialismus, nicht der Terminologie wissenschaftlicher Hilfsvorstellungen, mit denen doch erst an das fertige Gesetz herangetreten wird, nicht also dem Rechtsformalismus ist bei der Gesetzesauslegung die Vorhand zu lassen.

c) Bedeutet aber König von Preußen, König von Gottes Gnaden: die Stellung des Herrschers ist einseitiger Verfügung des Volkes entzogen, sie kann dem Herrscher ohne seine Zustimmung weder genommen noch geschmälert werden, so wirkt diese Bedeutung notwendig auch auf andere Verfassungsbestimmungen zurück.

---

[1] Vgl. z. B. für England Hatschek, Engl. Staatsrecht 1 (1905) 599. Meine Bemerkungen dazu Arch. öffil. R. 20 152 nehme ich als formalistisch zurück.

Art. 107 der preuß. Verfassung bestimmt: Die Verfassung kann auf dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung abgeändert werden.

Nach all unseren Staatsgrundgesetzen ist die Abänderung der Verfassung Sache des Herrschers und des Parlamentes. An sich folgt hieraus: König und Landtag dürfen auch umändern den Satz der Verfassung Art. 53, daß die Krone im Mannsstamme des königlichen Hauses erblich sei. Allein wäre dies der Fall, so würde damit dem Volke eine Einwirkung auf die Rechtsstellung künftiger Könige eingeräumt. Dies widerspricht anderen Verfassungsnormen, dem Titel König von Preußen und dem Prädikate König von Gottes Gnaden. Diese Beiworte sind der verfassungsmäßige Ausdruck des grundsätzlichsten Unterschiedes in der Rechtsstellung des Monarchen. Sie beziehen sich nicht bloß auf den Herrscher, der die Verfassung erläßt, sondern auch auf seine Nachfolger, auf das Monarchentum, die Krone. Im Verfassungsstaate teilt das Fürstentum mit dem Volke die Substanz der Staatsgewalt; es fällt die Einherrschaft. Darum auch Art. 107. Aber keineswegs ist damit die Vorstellung verbunden, daß zugleich das Prinzip der Herrschersouveränität dem Prinzip der Volkssouveränität weiche. Nur das Parlament wird Volksvertreter, nicht auch der Monarch. Er wird nicht Verwalter fremder Herrschaft. Das Eigenkönigtum verwandelt sich nicht in Volkskönigtum. Also muß Art. 107 der Verfassung eine einschränkende Auslegung erfahren. Das Recht der Volksvertretung, auch an der Abänderung des Art. 53 des Staatsgrundgesetzes mitzuwirken, muß Raum lassen der anderen grundgesetzlichen Vorschrift, wonach jeder zukünftige König ein König von Gottes Gnaden ist. Aus letzterem Satze folgt, daß die Bestimmung der Verfassung, die Krone ist im Mannsstamme des königlichen Hauses erblich, nicht so erklärt werden darf, als würde damit gesagt, das Erbrecht des Mannsstammes an der Krone sei ein staatsgesetzliches, beruhe auf der Verfassung. Denn dann wäre es ein verliehenes Recht, ein Erbrecht an der Krone kraft der Verfassung. Und gerade das soll ja die in der Verfassung enthaltene Wendung „von Gottes Gnaden" ausschließen.

Keineswegs muß deshalb bis zu dem Schlusse gegangen werden, die Volksvertretung sei gar nicht berechtigt, an der Abänderung jener Vorschrift des Art. 53 mitzuwirken. Ebenso uneingeschränkt wie die Wendung „von Gottes Gnaden" steht der Satz in der Verfassung: Die gesetzgebende Gewalt gehört König und Landtag gemeinsam. Der Staat hat hierdurch teilweisen Korporationscharakter erhalten, und die Thronfolge ist infolge hiervon auch Staatsangelegenheit geworden.

Was gefolgert werden muß, ist ein anderes. Beide Prinzipien, das Prinzip, die Rechtsstellung des Königtums beruhe nicht auf der Verfassung und sei daher der Veränderung durch den Volkswillen

entzogen, und das Prinzip, dem Volke kommt ein Anteil an allen Änderungen der Verfassung zu, sind in der Verfassung ausgesprochen. Keines braucht daher dem anderen zu weichen. Demgemäß hat ein Ausgleich zu geschehen. Dieser lautet folgendermaßen: Das Volk besitzt die Befugnis, bei einer Änderung des Erbrechtes des Mannsstammes, somit bei Änderung der Rechtsstellung der zukünftigen Herrscher mitzuwirken, aber es besitzt diese Befugnis nicht ohne gleichzeitiges Recht dieser zukünftigen Herrscher, also der Agnaten, bei einer solchen Änderung ebenfalls mitzusprechen. Dann ist das Prinzip des Gottesgnadenkönigtums gewahrt. Die Thronfolge ist auch Staatsangelegenheit, aber sie ist nicht nur Staatsangelegenheit geworden. Sie ist daneben Hausangelegenheit geblieben. Die Verfassung sagt: die Thronfolge kann ohne Zustimmung der Volksvertretung nicht geändert werden, aber sie sagt nicht: die Zustimmung des Parlamentes ist ausreichend. Sonst würde in der Bestimmung des Art. 107 sofort ein Widerspruch zum Eingange der Verfassung enthalten sein. Es würde daraus folgen: die Stellung der künftigen Herrscher, also der Thronanwärter ist zu einem Teil abhängig vom Willen des Volkes. Daher besitzen die Worte des Art. 53: „Die Krone ist erblich im Mannsstamme des Königlichen Hauses" nur deklaratorische Bedeutung. Und dies bestätigt der Zusatz „gemäß den Hausgesetzen" oder, wie es in anderen Staatsgrundgesetzen heißt, vermöge und kraft der Hausgesetze. Kraft der Hausgesetze, nicht kraft der Verfassung. Kraft der Fürsten-, nicht kraft der Volkssouveränität.

3. Nun wird aber noch folgendes entgegengestellt: mag sein, daß die Verfassung mit dem Titel König von Preußen und König von Gottes Gnaden in der Tat zum Ausdruck bringen wollten, die Dynastie habe ihre Rechte am Thron nicht vom Volke, aber Volk und Staat ist zweierlei. Beruht der moderne deutsche Staat auch nicht auf dem Prinzipe der Volkssouveränität, so beruht er doch auf dem Grundsatz der Staatssouveränität. Ist der Herrscher zwar nicht Volksorgan, so ist er doch Staatsorgan.

Allein man zeige mir die Verfassungen, welche dem Staate die Souveränität beilegen!

Eine tut es ja scheinbar, die bayrische. Hier lautet der erste Paragraph: Das Königreich Bayern ist ein souveräner monarchischer Staat. Indes hierin liegt nur ein Mangel im Ausdrucke. Wie hätte der bayrische König, der sich wie jeder andere deutsche Bundesfürst in den Bundesgesetzen zum Prinzip der Herrschersouveränität bekannte, in der von ihm aus freien Stücken gewährten Verfassung sich auf den Standpunkt der Staatssouveränität stellen sollen? Dazu ist der Fehler in Titel III § 3 reichlich gutgemacht. Dort wird ausdrücklich bestimmt: alle Rechte der Souveränität sollen ungeteilt und unveräußert bei der Primogenitur erhalten werden.

Alle anderen Staatsgrundgesetze aber, die überhaupt der Souveränität Erwähnung tun, legen sie dem Fürsten und nicht dem Staate bei. Sie sprechen vom souveränen Fürsten oder Staatsoberhaupte. Man vergleiche die Verfassungen des Königreichs Sachsen, von Hannover, Braunschweig, Altenburg und Schwarzburg-Rudolstadt.

C) Wir fahren in dem Beweise, daß die deutsche Verfassungsmonarchie keine reine Korporation darstellt, fort.

1. Von dem entgegengesetzten Standpunkte aus müßte dem landesherrlichen Hause jeder nicht durch das Staatsinteresse geforderte rechtliche Einfluß auf die Herrschaftsführung entzogen und insbesondere jede rechtsgeschäftliche oder hausgesetzliche Behandlung des Thronfolgerechtes verboten sein. Statt dessen finden wir im Regentschaftsrecht eine sich erst in den allerjüngsten Regentschaftsgesetzen abmindernde Beteiligung des Hauses an sehr vielen Regentschaftsfragen. Erst neuestes Recht ist es, daß als provisorischer Regent, der die Ständeversammlung beruft und einstweilen die Regierung führt, nicht der nächste Agnat, sondern das Staatsministerium fungiert. In Sachsen, Württemberg und Oldenburg gehört zur rechtsmäßigen Einsetzung einer Regentschaft auch die Zustimmung eines Familienrates. Eine Reihe von Verfassungen läßt über die Person des definitiven Regenten in erster Linie den Regierungsvorgänger allein bestimmen. Sonst kommt als solcher immer ein Hausmitglied in Betracht, Agnaten, mütterliche Verwandte, Gemahlinnen. Erst äußerstenfalls erfolgt die Wahl des Regenten durch den Landtag.

2. Viel stärker tritt die Verfügung des Hauses über das Staatsganze im Thronfolgerechte hervor. Wo ergänzende Nachfolge des Weiberstammes zulässig ist, bedeutet dies einen Verzicht des Volkes auf Wahl einer neuen Dynastie. Prinzessinnen wird überlassen, die Herrschaft an eine neue Dynastie zu bringen. Das stimmt wenig zum Gedanken rein korporativer Natur des Staatswesens. Besonders aber sei betont: keine Verfassungsurkunde verbietet Thronverzichte vor Anfall, weder einfache noch solche mit Rangausweichung, weder auf die Person des Verzichtenden beschränkte noch solche auch für Nachkommen. Ebensowenig schließen die Verfassungsurkunden aus Nachfolgeverträge innerhalb des landesherrlichen Hauses und Erbverbrüderungen. Ja, es gibt sogar Staatsgrundgesetze oder hat solche gegeben, die Erbvereine garantieren (Sigmaringen, Hannover) oder Erbverbrüderungen ausdrücklich gestatten.

Durchaus unzutreffend ist es, aus dem Schweigen der Verfassungen über diese Dinge zu schließen, der Staat entziehe allen solchen agnatischen Willensakten rechtliche Gültigkeit, namentlich soweit sie dem Verfassungsrechte widersprechen.

a) Die Meinung übersieht die ganz andere Art der Verfassungen in Staaten des monarchischen Prinzips und in Staaten der Volks-

souveränität. Nur in den letzteren Staaten stellt die Verfassung eine grundlegende Ordnung der ganzen Herrschaftsorganisation dar. Auch das Königtum findet hier seine grundlegende Ordnung in der Verfassung. Anders beim ursprünglichen oder Eigen-Königtum. Hier findet die Verfassung bereits ein Königtum vor. Sie setzt daher dessen Bestand als gegeben voraus. Die Hauptaufgabe des Staatsgrundgesetzes besteht da lediglich darin, die Rechte der Untertanen als einzelner und in ihrer verfassungsmäßigen Gesamtheit zu fixieren. Die Aufgabe der Verfassung ist hier keine erschöpfende. Die Angaben der Staatsgrundgesetze über Erwerb und Inhalt der Herrscherstellung entbehren bei dieser Gruppe der Vollständigkeit. Die Thronfolge und das Regentschaftsrecht ist lückenhaft geordnet.

Angesichts solcher Sachlage ist deshalb zu folgern: was die Verfassung nicht ausdrücklich geregelt hat, hat sie nicht ändern wollen. Wenn die Staatsgrundgesetze Bestimmungen über die Thronfolge treffen, so bedeutet dies nur: die Thronfolge kann von nun an ohne Zustimmung der Volksvertretung wirksam nicht mehr geändert werden. Keineswegs ist damit gesagt: die Mitwirkung der Volksvertretung ist hierfür ausreichend; einer Zustimmung der Agnaten bedarf es nicht mehr. Was die Verfassung bestimmt, ist lediglich: zur Änderung ist ein Staatsgesetz unentbehrlich. Nicht bestimmt sie: zur Änderung ist ein Hausgesetz von jetzt ab entbehrlich.

Die Thronfolge beruht von nun an nicht nur auf Staatsgesetzen, sondern auf Haus- und Staatsgesetzen. Das Hausrecht ist dadurch nicht beseitigt. Im ständischen Staate besaßen die Landstände bei Regelung der Thronfolge ebenfalls ein Recht der Mitwirkung.[1] Trotzdem hörte die Thronfolge damit nicht auf, Hausangelegenheit zu sein. Sie war gemischter Gegenstand, Haus- und Landesangelegenheit.

b) Noch eine andre Erwägung ist es, die in Betracht kommt. Wenn Haus- und Staatsrecht sich widersprechen, so darf nicht gleich geschlossen werden, das letztere habe ersteres beseitigen wollen. Viel näher liegt der Gedanke: man überläßt den Ausgleich dem Augenblicke, wo der Gegensatz praktisch wird. Der Verfassungsstaat trifft dem Hausrechte widersprechende Bestimmungen oder das Hausrecht dem Verfassungsrechte zuwiderlaufende in der Erwartung des Ausgleiches in der Zukunft.

Wenn durch Hausvertrag bestimmt ist, daß ein regierendes Haus bei Erlöschen eines anderen in dessen Herrschaft einrücke, so ist dies schon, seit die deutschen Staaten Anstaltspersönlichkeiten sind, nur mehr in Form der Herrscherunion möglich, sofern eine Vereinigung beider Staaten zu einem einzigen dem Interesse des Volkes widerspricht, das seine Dynastie verliert. Die Einverleibung in den anderen

[1] Vgl. v. Below, Territorium und Stadt 1900 S. 250, 260, 265.

Staat tritt nicht mehr von selbst ein. Keines der beiden Staatswesen verliert ohne weiteres seine Existenz. Schwarzburg-Sondershausen bleibt ein eigenes Staatswesen, wenn es an die fürstliche Linie Schwarzburg-Rudolstadt fällt. Aber außerdem ist zu solchem Übergange der Regierung von einem Geschlechte auf ein anderes, seit die Staaten Verfassungsstaaten wurden, auch die Zustimmung der Volksvertretung erforderlich.

Nicht anders in entgegengesetztem Falle. Das Staatsgrundgesetz ist es, das den Staat schlechthin für unteilbar erklärt. Nach Hausverträgen, Erbverbrüderungen und dergl. ist er teilbar. Hier muß, wenn der Fall eintritt, im Wege der Verständigung ein Ausgleich zwischen den entgegengesetzten Ansprüchen, den Rechten des Staates als Korporation und den Rechten der anteilsberechtigten Häuser, herbeigeführt werden. Kein Teil weicht dem anderen von Rechts wegen. Der Billigkeit entspricht Abfindung der Anteilsberechtigten. Das Interesse des Volkes geht dem Interesse der Herrscher vor.[1] Wer Anspruch auf den größten Teil hat, erhält ferner das Ganze. Schon im reinen Anstaltsstaate mit Persönlichkeitscharakter war in diesem Falle die Teilung nur unter der Bedingung zulässig, daß sie dem Interesse des Staatsvolkes nicht zuwiderlaufe.

Um einen Vergleich aus ganz anderen Rechtsbeziehungen heranzuziehen — ich bemerke gleich, daß er hinkt —, so sei auf das Verhältnis des preußischen Kanalgesetzes vom 1. April 1905 § 19 zur Reichsverfassung Art. 54 hingewiesen. Hier hat der preußische Staat die Einführung von Abgaben für die bloße Befahrung regulierter Flüsse selbst auf die Gefahr hin vorgesehen, daß solche Abgaben dem Reichsrechte widersprechen. Er hoffte, bis zum Inkrafttreten dieser Bestimmung einen Ausgleich mit dem entgegenstehenden Reichsrechte herbeizuführen.

Und noch ein zweiter Vergleich aus diesem Gebiete, der allerdings auch hinkt.

Bekanntlich kam das Reichsgesetz über den bayrischen Senat am Reichsmilitärgericht nur unter großen Schwierigkeiten zustande. Sie betrafen die Auslegung des bayrischen Bündnisvertrages. In der Auffassung der rechtlichen Natur dieses Senates wirken sie noch nach. § 3 jenes Reichsgesetzes lautet: Präsident und Räte des bayerischen Senates bleiben bei Bildung des Reichsdisziplinarhofes unberücksichtigt, soferne „für sie sowie für die bayerischen richterlichen Militärjustizbeamten" ein besonderer Disziplinarhof gebildet wird. Das Reichsgesetz rechnet die juristischen Mitglieder des bayerischen Senates also nicht zu den „bayerischen Militärjustizbeamten". Das bayerische Ausführungsgesetz zu den Reichsmilitärjustizgesetzen vom 11. Juli 1900

[1] Hiernach modifiziert sich meine Ausführung Mod. Fürstenrecht 50ff.

vertritt einen anderen Standpunkt selbst auf die Gefahr hin, dadurch gegen jenes Reichsgesetz zu verstoßen. Art. 1 des bayerischen Gesetzes lautet: „Es wird für die richterlichen Militärjustizbeamten, einschließlich des Präsidenten und der Räte des bayerischen Senates beim Reichsmilitärgerichte, ein besonderer Disziplinarhof errichtet".[1]

c) Endlich bestätigt die Richtigkeit unserer Ansicht nachstehender Vorgang.

Die oldenburgische Verfassung vom 18. Februar 1849 hat, ebenso wie die geltende, zur Landesregierung ausdrücklich nur berufen den Mannsstamm des Herzogs Peter Friedrich Ludwig, also nicht das ganze altoldenburgische Fürstenhaus. Es würde nach dem historischen Aufbau der deutschen Verfassungsmonarchie falsch sein, aus dem Schweigen des Staatsgrundgesetzes über die hausrechtlich vorhandenen Thronfolgeansprüche der weiteren Agnaten zu schließen, die Verfassung habe diese vernichten wollen. Richtig ist allein die Auffassung: sie läßt diese Ansprüche in Schwebe; kommt Zeit kommt Rat. Jede andere Auslegung ist einseitig dogmatisch, beachtet nicht das geschichtliche Auslegungsmoment. In der Tat gibt denn auch der Großherzog gleichzeitig mit der Verfassung am 18. Februar 1849 in einer besonderen Entschließung die Erklärung ab, daß er durch die Vereinbarung der Verfassung den etwaigen Rechten der Agnaten des oldenburgischen Fürstenhauses nicht habe Eintrag tun wollen. Und das gleiche wurde in den Verhandlungen der Stände ausgesprochen. Man wollte die schwierige Frage nur vertagen, bis sie dringlicher sei. Sie war schwierig, weil die Anrechte dieser weiteren Agnaten sich nicht auf das ganze heutige Großherzogtum erstreckten. Sie betrafen nicht die erst unter der Herrschaft der jüngeren Gottorper Linie mit den alten Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst verbundenen Gebiete, Lübeck, Birkenfeld, Jever.

3. Von dem durch dies alles gewonnenen Gesichtspunkte aus erhalten wir dann auch die richtige Auffassung für diejenigen Bestimmungen der Staatsgrundgesetze, in welchen erklärt wird: „Die übrigen Verhältnisse des fürstlichen Hauses werden durch Hausgesetz geregelt."

Keineswegs heißt dies: der Staat verleiht dem Hause das Recht zu solcher Regelung. Das Haus besaß es ja schon bisher. Es handelt sich hier auch nicht um eine Wiederherstellung, wie teilweise

[1] Freilich kommt Bayern seine Auffassung teuer zu stehen. Es findet für die Anschauung, daß der bayerische Senat eine bayerische Behörde sei, Entgegenkommen im Reichsetatgesetz, indem es infolge der Verteilung des Bedarfes nach Quoten nur etwa ein Achtel der Kosten des ganzen Gerichtshofes vom Reiche bezieht, aber ein Drittel der Gesamtkosten desselben leisten muß.

bei der standesherrlichen Autonomie durch Bundesakte Art. 14.[1] Sondern jener Satz bedeutet: Zum Teil hat über diese Verhältnisse der Staat Vorschriften in die Verfassung aufgenommen; zur Abänderung solcher Vorschriften ist ein Hausgesetz allein nicht ausreichend; die übrigen Verhältnisse sollen auch, soweit sie das Verhältnis zum Staate betreffen, also gemischte Verhältnisse sind, allein durch Hausgesetz geregelt werden können; hier genügt auch im Verhältnis zum Staat ein Hausgesetz.

4. Zum Schlusse möchte ich dann noch auf folgendes hinweisen. Die Vorschriften über den Untertanen und Staatsbürger gelten nicht für das monarchische Staatshaupt: das positive Recht betrachtet den Herrscher nicht als Staatsmitglied.[2] Staatsmitgliedschaft kann deshalb nicht der Rechtsgrund seiner Herrscherstellung sein.[3] Die Zugehörigkeit zur landesherrlichen Familie ist nicht durch Staatsangehörigkeit bedingt und bewirkt letztere auch nicht. Der Staatsdiener erhielt seinen Namen schon zur Zeit des Anstaltsstaates; als dieser zur Anstaltspersönlichkeit überging, um ihn vom Hofdiener zu unterscheiden; er war der Diener des Landesherrn, den dieser für Staatszwecke anstellte und der daher, wie der Landesherr, verpflichtet war, die Staatsgewalt im Interesse des Volkes auszuüben. Der Staatsdiener ist heute noch zur Hälfte Fürstendiener. Er steht in gemischtem Dienst, er hat zwei Herren, den Fürsten und den Staat als korporativen Verband. Treue schwört er dem Könige, Gehorsam der Verfassung. Und das gleiche gilt für den Untertanen, wie der in den Verfassungen selbst sich findende Staatsbürgereid zeigt. „Ich schwöre Treue dem Könige, Gehorsam dem Gesetze und Beobachtung der Staatsverfassung", so lautet nach bayrischem Staatsgrundgesetz Tit. X § 3 der Untertanenschwur. Erst recht liegt ein gemischtes Gewaltverhältnis beim Militärdienst vor. Fällt doch hier sogar die eidliche Verpflichtung auf die Gesetze weg. Eidlich ist der Soldat allein dem einen Dienstherrn, dem König, verbunden.

Bernatzik und von Martitz erkennen an, daß auch dem heutigen Herrscher noch ein eigenes Recht an der Herrschaft zustehe. Bernatzik erklärt, in der Monarchie liegt ein zwischen dem Staat und dem Monarchen geteiltes Gesamtrecht vor.[4] von Martitz erblickt das Wesen der monarchischen Herrscherstellung in einem Rechte an dem körperschaftlichen Staatsverbande.[5] Aber wie Ber-

[1] Darüber jetzt Löning a. a. O. S. 19 eingehend.

[2] Ich revidiere damit bezüglich des Landesherrn manches im Fürstenrecht § 55 Bemerkte. Anderes gilt für Volksmonarchien.

[3] Dies betont Jellinek, System der subj. öffl. Rechte [2]146; ders., Recht des mod. Staates 1 656f.

[4] Republik und Monarchie 1892 S. 27; ders., Arch. öffl. R. 5 299ff.

[5] Die Monarchie als Staatsform (akad. Festrede) 1903 S. 28.

NATZIK und VON MARTITZ einerseits zu weit gehen, wenn sie eine solche Rechtsstellung jedem monarchischen Staatshaupt einräumen, nicht nur dem, dessen Monarchenrechte aus dem Anstaltsstaate allmählich herauswuchsen, so bleiben sie andrerseits auf halbem Wege stehen. Denn sie legen dem monarchischen Staatsoberhaupt trotzdem Organstellung bei. Die Krone sei Organ des Staatsverbandes,[1] Subjekt der Staatsgewalt allein der über dem Herrscher stehende Staat.[2] Organstellung und eigenes Recht gegenüber dem Staate sind Widersprüche. Beseitigt ist jeder Widerspruch erst durch Annahme einer Doppelnatur des Staates. Das juristische Analogon wäre etwa die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Die Dynastie entspricht den persönlich haftenden Mitgliedern, die Kommanditistengesamtheit dem Staat als Korporation.

Aber wichtiger ist ein anderes. Bei der Frage, ob Souveränität dem Staatsbegriffe wesentlich sei, erklärt die dies verneinende Staatslehre einmütig: „Staatsrechtliche Begriffe sollen sich der politischen Wirklichkeit anpassen, ihr nicht ins Gesicht schlagen."[3] Der Satz darf auch in unsrem Falle nicht verleugnet werden. Die hier aufgestellte Theorie wird allein dem Wesen des deutschen Staates gerecht. Es ist aus Altem und Neuem gemischt, entsprechend dem auch von JELLINEK anerkannten Erfahrungssatze, daß „selten der spätere Staatstypus den früheren gänzlich überwindet, sondern dieser häufig noch deutlich Spuren in einer Epoche zeigt, die sonst einer ganz anderen Grundauffassung vom Staate huldigt".[4] Es ist die Pflicht rechtswissenschaftlicher Konstruktion, diesem Tatsachenbestand gerecht zu werden. Wir glauben nachgewiesen zu haben, daß diese Überreste auch noch in der heutigen Staatsrechtsordnung zum Ausdruck gelangen. Sie lassen sich nicht als Dinge beiseite schieben, die nur mehr politische Bedeutung haben. Sie leben auch rechtlich fort. Das deutsche Landesstaatswesen ist noch zur Hälfte Anstaltsstaat. Selbst dem korporativen Staatsverbande gegenüber befinden sich Landesherren und Agnaten in unabhängiger Rechtsstellung.

## 6.

Allein da wird uns ein neuer Einwand entgegengesetzt. Er bildet sogar die Ursache aller Gegnerschaft. Um seinetwillen wird dem wirklichen Rechtsbestande Gewalt angetan.

Im modernen Staate, so lehrt uns JELLINEK[5] zerfällt alles Recht

[1] VON MARTITZ S. 27. [2] BERNATZIK, Arch. öffl. R. 5 360.

[3] ANSCHÜTZ bei HOLTZENDORFF-KOHLER 2 (1903) 471.

[4] JELLINEK ²1 659.

[5] Recht des mod. Staates ²1 249, 327, 356f., 380; System der subj. öffl. Rechte ²150.

in staatlich geschaffenes und staatlich zugelassenes; ein drittes, ein außer- und überstaatliches, eine außer- und überstaatliche Herrschergewalt gibt es nicht. Und hieraus wird dann abgeleitet: Im alten Reiche waren die Agnatenrechte vom Reiche zugelassen. Mit dem Reiche selbst ist auch diese Zulassung untergegangen. Ein andrer Staat entstand. Von ihm stammen nun, wie die Monarchen-, so auch die Agnatenrechte. Man lese und staune: „Wie alles andere Recht ist das Monarchen- und Agnatenrecht — das Herrschaftsrecht der deutschen Dynastien! — durch den modernen Staat verliehen". So JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 150. Wie jedes andere Recht unterliegen daher auch diese Rechte der Disposition des modernen Staates.[1] Gegenüber dem staatlichen Rechte kann es ein selbständiges Fürstenrecht nicht mehr geben. Die Annahme eines außer- und überstaatlichen Rechtes in Thronfolgesachen ist eine Fiktion. So ANSCHÜTZ in GG. MEYERS Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 6. Aufl., S. 257.

Wenn je der Satz zutraf: Ihr seht den Splitter in des Nächsten Auge, den Balken in eurem eigenen seht ihr nicht, so ist es hier. Die Theorie vom modernen Staate als dem alleinigen Schöpfer allen Rechtes ist von allen Fiktionen, die in die Staatsrechtswissenschaft sich eingenistet haben mögen, diejenige, welche sich am weitesten von der Wirklichkeit entfernt, mit dieser auf dem gespanntesten Fuße steht. Sie beruht auf einer Selbsttäuschung, einer Autosuggestion, die ihresgleichen kaum besitzt.

A. Vorweg will ich von den unannehmbaren Konsequenzen dieser Theorie zwei erwähnen, die nicht unmittelbar unser Thema berühren und deren zweite, wie ich glaube, ihre Vertreter selbst nicht wollen.

Die eine Folgerung ist: nach jener Theorie könnte Recht nicht zu den wesentlichen Bestandteilen des Staates gehören. Denn ist er Quell allen Rechtes, dann muß er fertig sein, ehe Recht entstehen kann. Vor dieser Konsequenz schreckt JELLINEK auch nicht zurück. Jede Staatsentstehung ist ihm ein rechtloser, ein außerrechtlicher Vorgang.[2] Allein der Staat hat notwendig rechtliches Wesen. Nicht beruht dies auf einer vorstaatlichen Ordnung, sondern es folgt aus

[1] JELLINEK, Recht des mod. Staates [2]1 165.

[2] Er wird dadurch zu der allem tatsächlichen Geschehnis widersprechenden Behauptung gedrängt, Schöpfung eines Staates durch dritte Staaten sei rechtlich Selbstschöpfung (Recht des mod. Staates 1 173, 477, 266, 755 ff.). Das ist schon Staatsromantik, nicht mehr Staatswissenschaft. Darin folgt ihm deshalb ANSCHÜTZ nicht (siehe MEYER a. a. O. § 64). Allein ich darf dann wohl fragen: wie verträgt sich mit dem Eingeständnis, daß rechtlich abgeleitete Staatsentstehung möglich sei, die Behauptung, Staatsgewalt sei notwendig ursprüngliches, eigenständiges Imperium (ANSCHÜTZ in HOLTZENDORFFS Rechtsenzyklopädie 6. Aufl. (1904) 2 466, 471)?

der Staatsnatur. Der Staat ist erst vollendet, wenn die Beherrschten von der Vorstellung erfüllt sind, die Anordnungen seien für sie verbindlich auch ohne ihr Einverständnis, also kraft einer äußeren Pflicht. Ohne opinio juris bei den Beherrschten kein Staat.[1] Keinen Tag könnte der Staat ohne diese Volksüberzeugung bestehen. Oder wie von Amira[2] es kürzlich ausdrückte: kein Staat kann ohne Verfassung gedacht werden, die Verfassung, die Funktionenverteilung aber gehört schon zum Inhalte des Rechtes.

Die zweite vorweg zu besprechende Folgerung wäre, daß es nur souveräne Staaten geben könnte. Denn, beruht alles Recht innerhalb eines Staates auf staatlicher Zulassung, dann kann im zusammengesetzten Staate alles Recht lediglich gelten kraft Duldung seitens des Oberstaates, muß alles Recht in ihm oberstaatliches sein, muß dem Unterstaate jede Rechtschöpfungskraft fehlen. Wird sein Recht von einem anderen geduldet, so ist es nicht mehr sein eigenes. Bei dem Gesamtstaate, der von Teilstaaten begründet ist, ist auch nicht der Ausweg möglich, hier beruhe das Recht des Oberstaates auf Duldung durch die Unterstaaten. Denn Souveränität leidet keine Unterordnung.

Einmal bekennt sich Jellinek zu dem hier festgestellten Schluß. System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 9 schreibt er: „Der souveräne Staat ist ausschließlich der Schöpfer seiner Ordnung." Wie paßt dazu der andere Satz:[3] „Die Schöpfung objektiven Verbandsrechtes ist heute ausschließlich Sache des Staates" d. h. jedes Staates?

Und nun zu der Theorie Jellineks selbst.

B. Schon in der Terminologie ist sie unbestimmt. Sie gebraucht das Wort Recht in einem doppelten Sinne.

Auf der einen Seite lesen wir bei Jellinek,[4] zum Begriffe des „Rechtes" gehöre physische Erzwingbarkeit nicht. Wesentliches Merkmal des Rechtes sei lediglich Garantie durch äußere Macht. Äußere Macht steht für soziale Macht. Die Garantie durch irgendwelche äußere Macht genüge. Physischer Zwang stelle nur eine Unterart der Garantie dar. Ausreichend sei Zwang durch Gesellschaftsklassen, Berufe, kirchliche Verbände, Presse, Literatur usw.

Aber Jellinek fährt fort: Das Recht ist, trotzdem zu seinem Begriffe physischer Zwang nicht gehört, doch erst vorhanden, wenn es der Staat duldet, zuläßt. Vorher besitzt es höchstenfalls rela-

[1] Siehe auch Löning, Art. Staat a. a. O. S. 919, 927.

[2] Vom Wesen des Rechts 1906 S. 13 (auch Beil. zur Allg. Zeitg. No. 284 v. 7. Dez. 1906).

[3] Recht des mod. Staates 1[2] 357.

[4] Ebenda 325 ff.

tive Selbständigkeit.[1] Und zwar gilt nicht etwa nur der Satz: Für den Staat ist alles Recht vor Zulassung durch ihn nicht vorhanden, sondern auch für die Mitglieder des Verbandes, der es garantiert, existiert es nicht eher, als der Staat durch Anerkennung der Rechtssätze die staatliche Garantie, d. h. die Sicherung ihrer Verwirklichung durch physischen Zwang (geordneten Rechtsschutz, „Rechtszwang", wie JELLINEK sagt) hinzufügt. Das Verbandsrecht „erhält erstens nur durch des Staates Willen dem Staate gegenüber den Charakter objektiven Rechtes". „Zweitens kann es auch den Verbandsmitgliedern gegenüber lediglich kraft staatlicher Verleihung oder Anerkennung in Form der Autonomie den Charakter objektiven Rechtes annehmen" (S. 357). Zwischen dem Satze: „Nicht Zwang, sondern Garantie, als deren Unterart nur der Zwang sich darstellt, ist ein wesentliches Merkmal des Rechtsbegriffes" (S. 328) und der These: „Allein durch Zulassung seitens des Staates, der damit ausdrückt, daß er der Norm im Wege geordneten physischen Zwanges Verwirklichung garantiert, wird eine Norm objektives Recht", besteht ein Widerspruch. Es folgt daraus: im Sinne JELLINEKS ist vor dieser Zulassung durch den Staat eben doch kein Recht vorhanden. Und dazu stimmt seine Formulierung: alles Recht ist heute staatlich geschaffenes oder zugelassenes (S. 380, 356, 249).

Daran haben wir uns zu halten.

C. Wie wird es begründet?

Alle Normen, die für das äußere Verhalten der Menschen zueinander von einer anerkannten äußeren Autorität ausgehen, sind Recht im Sinne der Wissenschaft lediglich, soferne ihre tatsächliche Geltung nachgewiesen wird, sie tatsächlich gelten (S. 325. 328). Zur Garantie, daß sie so gelten, reicht nichtphysischer Druck, über den andere soziale Mächte verfügen, z. B. der von der Kirche geübte Gewissenszwang, keineswegs hin. Er bedarf der Unterstützung. „Das zur unentbehrlichen Verstärkung der außerstaatlichen Garantien dienende Element ist der Rechtszwang." Er steht heute allein dem Staate zu (S. 327, 356f., 249). Der Staat hat alle physischen Machtmittel untergeordneter Verbände aufgesogen. Wo solche physische Macht ist, da ist Herrschaft. Der moderne Staat besitzt allein noch Herrschergewalt. Weil aber der Rechtszwang als Ausfluß der Herrschergewalt allein dem Staate noch zukommt, vermögen Normen den Charakter objektiven Rechtes bloß durch staatliche Schaffung oder Zulassung zu gewinnen. Insoferne läßt sich sagen: alle planmäßige, also nicht auf dem Wege der Gewohnheit erfolgende Rechtsbildung ist entweder vom Staate geübt oder übertragen oder zugelassen; ohne Anerkennung durch den Staat besitzt niemand ein

[1] S. 380.

Recht der Rechtsbildung (S. 249). Die Schöpfung objektiven Rechtes ist jetzt ausschließlich Sache des Staates (S. 357). Anders ausgedrückt: von anderen äußeren Mächten für das äußere Verhalten der Menschen erzeugte Normen werden erst durch den Staat zu Rechtsnormen; indem der Staat das Monopol besitzt, Normen durch physischen Zwang zu verwirklichen, besitzt er das Rechtschöpfungsmonopol. Normenverwirklichungsmonopol ist Rechtschöpfungsmonopol.

D. Gegen die Theorie erheben sich schwere Bedenken. Zunächst ist es unschlüssig, zu behaupten, wer allein imstande sei, die Norm physisch zu erzwingen, erzeuge dadurch Recht.

Durch die Fähigkeit, eine Norm zu erzwingen, schöpft man nichts. Wer die Befolgung einer Norm erzwingt, verwirklicht etwas, ist Vollstrecker, aber nicht Erzeuger. Dadurch, daß der Staat die Vereinsnormen schützt, empfangen die Vereine sie nicht von ihm. Er schützt die Normen, die Vereine erzeugen sie.

Aus gleicher Erwägung läßt sich die Behauptung nicht halten: indem der Staat allein die Macht hat, die Norm zu verwirklichen, läßt er sie zu, duldet er sie. In einer Fähigkeit liegt keine Handlung. Somit bedarf es eines besonderen Schöpfungs- oder Duldungsaktes, um sagen zu können, was andere als Norm erzeugen, verwandle der Staat in Recht. Eine konkludente Handlung muß nachgewiesen werden, eine Handlung, aus der nach den aus der Erfahrung genommenen Regeln mit Sicherheit auf den Willen, zu schaffen und zu dulden, geschlossen werden kann. Allein will denn der Staat, wenn er z. B. das Aktienrecht ordnet, den Aktiengesellschaften damit das Recht verleihen, Recht zu erzeugen? Aus der Vorschrift: dieses muß die Vereinssatzung enthalten, jenes darf in ihr nicht stehen, läßt sich nach der Sprache der Erfahrung doch nur der Satz herauslesen: wenn ein Verein gegründet wird, gilt für den Inhalt seiner Satzungsgewalt dies und jenes. Wo drückt denn jemand, der das Recht, eine Angelegenheit zu ordnen, verleihen will, dies so aus, daß er sagt: Gewisses mußt du vorschreiben, anderes darfst du nicht befehlen. Zuvor sagt er doch, du darfst die Angelegenheit ordnen. Sonst wäre ja die Gesetzessprache dazu da, die Gedanken zu verbergen. Der großen Mehrzahl von Rechtsbildungen, der Rechtsbildung von vielen Tausenden privater und öffentlicher Körperschaften steht der Staat völlig untätig gegenüber. Es ist daher zwar scharf, aber wahr, wenn v. Amira[1] der Duldungstheorie mit den Worten begegnet: die behauptete Duldung bestehe in reiner Untätigkeit. Durch reine Untätigkeit kommt weder ein Recht noch irgend etwas anderes zustande. „Wir haben es mit einer baren Fiktion zu tun. Die Duldungstheorie ist eine wertlose, weil erschlichene Konstruktion."

[1] a. a. O. 14.

Die Duldungstheorie ist um so weniger stichhaltig, als es Recht gibt, das für die Verbandsmitglieder Recht wird und Recht bleibt, selbst wenn der Staat die Rechtsetzung ausdrücklich verbot oder der erlassenen Norm ausdrücklich widersprach. Im Kampfe mit dem Staate hat die katholische Kirche von jeher Recht erzeugt und Normen dieser Kirche sind Recht geblieben, trotzdem der Staat sie ausdrücklich verwarf. Man denke an Normen, für die das Plazet des Staates nicht eingeholt oder das Plazet des Staates generell oder im Einzelfalle verweigert wurde. Das vatikanische Dekret ist nicht plazetiert. In Frankreich hat das katholische Recht seine Rechtsnatur nicht eingebüßt, trotzdem der Staat ihm jüngsthin zu einem großen Teile seine Anerkennung entzog.

Des weiteren ist es nicht zutreffend, daß zur Verwirklichung aller Normen, welche die Menschen in ihrem äußeren Verhalten verpflichten sollen, die übrigen Verwirklichungsgarantien der Verstärkung durch äußeren Zwang nicht entraten könnten. Die Erfahrung lehrt, wie der Zwang, den andere Mächte zu üben vermögen, nicht nur gar manchmal völlig ausreicht, um die Verwirklichung gewisser Normen zu garantieren, sondern sogar imstande ist, durchzusetzen, daß die Verbandsmitglieder solchen Normen mehr gehorchen als denjenigen, die der Staat erläßt und hinter denen der volle staatliche Rechtszwang steht. Die Vorgänge, die sich in Frankreich vor unseren Augen eben abspielten, zeigen zur Genüge, wie der so wortreiche französische Radikalismus, als es zu Taten kam, in vielen Dingen zur Parole den Satz nahm: Es weicht der Starke mutig Schritt für Schritt zurück.

An der These, daß nur der Staat noch physische Gewalt besitze, sei nicht gerüttelt. Aber gibt es äußere Normen, die auch ohne physische Gewalt verwirklicht werden können, so kann aus diesem Zwangsmonopol nicht ein Rechtsetzungsmonopol folgen. Dann gilt auch Recht, das der Staat nicht anerkennt, das er nicht zu beseitigen vermag, das nicht zu seiner Disposition steht.

E. Zunächst folgt hieraus nur: Norm, die der Staat nicht anerkennt, kann dennoch Rechtsnorm sein, aber für den Staat existiert sie dann nicht. Staatsrecht, das ihr widerspricht, ist gültig. So ist das Verhältnis zwischen Staats- und katholischem Kirchenrecht gelagert.

Allein noch ein anderes ist möglich: Staatsrecht, das solcher Rechtsnorm widerspricht, kann sogar ungültig sein.

Dies ist die Rechtslage, die in Deutschland zwischen modernem Staat und Fürstenrecht in Angelegenheiten der Thronfolge besteht.

Fürstliches Hausrecht in diesen Dingen ohne staatliche Zustimmung bindet heute nur Hausmitglieder; um auch für den Staat Wirksamkeit zu erhalten, bedarf es eines hinzutretenden Staatsgesetzgebungsaktes. Dies ist eine Folge des Korporationscharakters der

Verfassungsmonarchie. Weiter reicht das Maß, in dem das Landesstaatsrecht in den bezeichneten Materien durch die Hausgesetzgebung bedingt ist. Ein dem fürstlichen Hausrechte widerstrebendes Staatsgesetz ist hier, solange das Haus nicht zustimmt, nicht nur für das Haus wirkungslos, sondern für den Staat ungültig.

Dies ist eine Folge des Umstandes, daß der moderne monarchische Staat in Deutschland nicht allein Korporations-, sondern auch Anstaltspersönlichkeit besitzt. Anstalt ist ein Verband, der von außen geleitet wird. Das Hausrecht steht also über dem Staatsrechte. Daher entbehrt Staatsrecht ohne Hausrecht in jenen Angelegenheiten der Geltungskraft.

Wie war es möglich, daß das landesherrliche Haus sich diese Gewalt gegenüber der „dynamischen Natur“[1] des Staates bewahrte?

JELLINEK irrt, wenn er[2] meint, ich unterschätzte die zermalmende Kraft eines ganzen Jahrhunderts. Ich würdige sie vollauf. Aber JELLINEK geht zu weit. Er überschätzt die dynamische Kraft des Staates.

Staat heißt hier doch Korporation, Staatsgefühl also Unabhängigkeitsgefühl, Streben nach Selbstbestimmung. Ebenso stark wie das Selbstbestimmungsgefühl ist im deutschen Volke das dynastische Bewußtsein. Dem Bewußtsein der Kraft hält der ethische Gedanke der Anhänglichkeit an das Herrscherhaus die Wage. Die Dynastien sind älter als der moderne Staat. Mit ihnen ist das Volk seit Jahrhunderten verbunden. Volk und landesherrliches Haus umschlingt ein Band der Liebe und Treue, das allen Kraftregungen im Volke bislang durchaus standgehalten hat. JELLINEK übersieht neben den äußeren Kräften, die im modernen deutschen Staate wirken, die sittlichen Kräfte, die in der Volksseele leben. Ihre tatsächliche Macht steht hinter derjenigen der physischen Kraft, des Unabhängigkeitsgefühls nicht zurück.[3] DUGUIT, obwohl ein glühender Verfechter des Volkssouveränitätsgedankens, versteht sich in seinem Droit constitutionnel (1907) § 58 a. E. zu dem Anerkenntnis, die Rechtsform der beschränkten Monarchie führe darauf zurück, daß neben der neuen sozialen Kraft des Bürgertums die monarchische Gesinnung sich mächtig erhalten habe, und er erblickt daher sogar in der englischen Monarchie eine Versöhnung von Volkssouveränität und monarchischem Prinzip. Nun handelt es sich aber bei England um ein durch das Parlament zur Herrschaft erhobenes Geschlecht, das eigener Wurzeln im Lande entbehrt. Welch ganz andere Rechtsstellung muß deshalb eine alte angestammte, nicht aus Volkswahl sich ableitende

[1] JELLINEK, Recht des mod. Staates 1[2] 476. [2] a. a. O. 165.

[3] Man vergegenwärtige sich die politische Geschichte Österreichs im letzten Jahrzehnt.

Dynastie besitzen! Verschiedentlich trägt auch JELLINEK[1] diesem Unterschiede Rechnung. Warum soll er hier nicht gelten? Dazu gesellen sich aber noch andere Gründe.

Nicht bloß das Volk, sondern, wie schon oben berührt, auch die Dynastie bildet einen internationalen Machtfaktor. Denn wie zwischen den Staaten, so besteht auch zwischen den Dynastien internationaler Verkehr. Dieser internationale Rückhalt, den die Dynastie besitzt, befestigt aber auch ihre Stellung gegenüber dem Volke. Verstärkt wurde diese Position noch durch bundesmäßigen Zusammenschluß der Häuser seit 1815. Und endlich ist das verwandtschaftliche Band, das die meisten der deutschen regierenden Familien verknüpft, nicht gering zu achten. Eine Reihe deutscher Dynastien stellt in mehreren Staaten herrschende Gesamthäuser dar. Die auswärts regierenden Linien sind dem Einflusse des Staates entrückt. Hinter ihnen steht die dynamische Kraft ihres Volkes. Die Linien bilden aber eine Einheit. Den Vorteil davon haben die nichtregierenden Agnaten. Und vermochten die nichtregierenden Agnaten der Gesamthäuser ihre Unabhängigkeit zu bewahren, so gelang es bei der Standesgemeinschaft, welche die deutschen Dynastien verbindet, auch den nachgeborenen Vollmitgliedern von isolierten Häusern jene überstaatliche Rechtsstellung zu erhalten.

In Mecklenburg erwies sich die Dynastie als zu schwach, um die Mitwirkung der Stände auszutilgen. In den Verfassungsmonarchien war der Unabhängigkeitstrieb der Völker bislang nicht stark genug, um den reinen Korporationscharakter des Staatswesen anzustreben und damit die überstaatliche Rechtsstellung der Dynastien zu vernichten. Das ethische Band der Liebe und Treue erwies sich noch immer als mächtiger. Dieses Festhalten an dem althergebrachten Rechtsverhältnis, das zwischen Dynastie und Volk besteht, bildet eine konstante Größe in der Gestaltung der deutschen Staatsrechtsordnung. Es gehört, um JELLINEK an seine eigene rechtsgeschichtliche Auffassung zu erinnern[2], zu den konstanten oder doch nur sehr langsam umzubildenden Bestandteilen des deutschen Landesstaatsrechtes.

Halten wird sich diese überstaatliche Rechtsstellung der Dynastie nur so lange, als jenes Gefühl der Liebe und Treue überwiegt, das Haus diese Anhänglichkeit nicht verscherzt, die Dynastie den Interessen des Volkes nicht dauernd zuwiderhandelt. Treten solche Erscheinungen auf, dann ist wohl möglich, daß der Staat, das Volk den Agnaten ihre Thronanwartschaft einseitig entzieht. Das bleibt dann immerhin Rechtsbruch, Rechtswidrigkeit, aber ein Rechtsbruch, der politisch und ethisch gerechtfertigt ist. Denn nur solche Anrechte auf den Thron sind nach moderner Staatsanschauung gerechtfertigt,

[1] a. a. O. 352, 688, 363. [2] JELLINEK a. a. O. 1, 304.

die mit dem Bewußtsein ausgeübt werden, daß alles Recht am Throne nicht um der Regierenden, sondern um der Regierten willen besteht. Von solchen Vorstellungen war die öffentliche Meinung beherrscht, als sie im Falle Lippe sich zu dem Satze bekannte „Recht muß Recht bleiben" und andrerseits im Falle Braunschweig glaubte, es hätten, wenn nicht in absehbarer Zeit eine Änderung in Aussicht stünde, Agnatenrechte dem Volksinteresse geopfert werden dürfen.

Derartige Erwägungen erklären auch, warum meine Abhandlung nur den Titel trägt „Die überstaatliche Rechtsstellung der deutschen Dynastien".

## 7.

Rechtswissenschaftlich führen meine Darlegungen zu dem Ende, daß die deutsche Verfassungsmonarchie ein kompliziertes Wesen aufweist. Völkerrechtlich ist sie reine Korporation. Privatrechtlich ebenfalls. Der Staat allein ist Subjekt des Staatsvermögens. Staatsrechtlich ist sie teils Korporations-, teils Anstaltspersönlichkeit, teils Subjekt, teils nur Objekt der Staatsgewalt.

Allein was ist dies gegen die verwickelte Konstruktion, mit der man allein dem englischen Staatswesen gerecht wird!

Vor allem aber sei nicht vergessen: Einfachheit ist nicht das Gesetz der geschichtlichen Entwicklung. Der Gang der Geschichte vollzieht sich fast nie in folgerichtiger Verwirklichung eines einheitlichen Gedankens. Er vermittelt nahezu immer zwischen alter und neuer Idee. „Die Geschichte macht — um ein treffliches Wort Friedbergs zu verwenden — stets unlogische Seitensprünge".

Und ich darf Friedberg weiter das Wort lassen. „Es frappiert so angenehm" — schreibt er in der Deutschen Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 15 S. 323 —, „aus einer Wurzel heraus eine Vielzahl von Einrichtungen ableiten zu können .... Doch allmählich pflegt ein Rückschlag der öffentlichen Meinung einzutreten, die zu begreifen beginnt, daß ein an und für sich richtiger Gedanke seine Richtigkeit einbüßt, wenn er übertrieben wird."

Einen solchen Rückschlag im Staatsrecht gegenüber der reinen Korporationstheorie stellt die hier verfochtene gemischte Theorie dar. Sie entbehrt somit auch nicht des dogmengeschichtlichen Stützpunktes. Sie vermittelt — um es kurz zu sagen — in ihrer Weise zwischen Seydel und Gerber. Seydels Theorie litt nur daran, daß sie den geschichtlichen Faden abriß. Tilgt man dies, so ist sie modern-patrimonial. Dieser umgestaltete Patrimonialismus, den die Aufklärungszeit brachte, ist aber auszugleichen mit dem Konstitutionalismus des Verfassungsjahrhunderts. Dafür trat ich in die Schranke. Dafür will ich auch weiter kämpfen!

**Friedrich v. Thudichum**
**Tübingen.**

# Wettereiba.

**Eine Gau-Geschichte.**

# Inhaltsübersicht.


| | | Seite |
|---|---|---|
| 1. | Grenzen der Wetterau. Zeit der Römerherrschaft. Herrschaft der Chatten (Hessen) | 5 |
| 2. | Die Zeit vom 8.—12. Jahrhundert. Die königlichen, später herzoglichen Grafen über den großen Gau Wettereiba | 8 |
| 3. | Verfassung der Untergaue (Grafschaften, Zenten), Markgenossenschaften und Dörfer | 11 |
| 4. | Die gutsherrlichen Gerichte (Hubgerichte, höfige Gerichte, Vogteigerichte, Budinge) | 18 |
| 5. | Einführung des Christentums. Gründung von Pfarreien. Schottenkirchen. Einteilung der Diözese Mainz in Archidiakonate und Dekanate. Sendgerichte (judicia synodalia). Klostergründungen. Beguinen | 22 |
| 6. | Schenkung von Gerichten an Kirchen, Klöster und Bischöfe und Befreiung derselben von der Grafengewalt. Zerreißung der Zenten durch Ausartung des Erbrechts. Verderbliche Vermehrung der Edelherren und der Kriegsdienstmannen (Ministeriales) | 26 |
| 7. | Die Edelherrengeschlechter der Wetterau | 28 |
| 8. | Verleihung von Stadtverfassung an Frankfurt, Gelnhausen, Friedberg und Wetzlar durch die Hohenstaufischen Kaiser. Gründung zahlreicher Landstädte | 34 |
| 9. | Freie oder reichsunmittelbare Gerichte und Dörfer. Kaiserliche Landvögte über die Wetterau von 1229—1417. Faustrecht. Landfriedensbündnisse | 41 |
| 10. | Die Reformation. Schulwesen | 44 |
| 11. | Staatliche und wirtschaftliche Zustände im 16.—18. Jahrhundert | 47 |
| 12. | Die Neuzeit seit 1801 | 53 |


Verweise im Text und in den Noten beziehen sich auf die am Fuße der Seiten stehende eigne Paginierung des Aufsatzes.

## 1.

### Grenzen der Wetterau. Zeit der Römerherrschaft. Herrschaft der Chatten (Hessen).

Die Wettereiba, seit dem Mittelalter Wetterau genannt, ist ein großer Landstrich, der im Osten vom Vogelsberg, im Westen vom Taunus-Gebirge begrenzt wird und zahlreiche aus diesen Gebirgen kommende Bäche, als Nidda vereinigt, unterhalb Frankfurt in den Main sendet. Von einem derselben, der Wetter, welche oberhalb Wetterfeld und Laubach entspringt und sich bei Assenheim mit der Nidda vereinigt, hat der Gau seinen Namen; die alte Endung eiba bedeutet wahrscheinlich Gau und kehrt auch wieder im südlichen Odenwald bei der Wingarteiba, dem durch viele Weingärten ausgezeichnet gewesenen Gau.[1] Die Nidda, welche bei Gronau noch die bedeutende Nidder, ehemals Nydorn genannt, aufnimmt und dann noch erhebliche Zuflüsse vom südlichen Taunus erhält, gab dem Niddagau den Namen, der die fruchtbaren Gelände zwischen Taunus und Main begriff.[2]

Ein großer Teil der Wetterau ist in Urzeiten, bevor der Rhein sich bei Rüdesheim einen Durchgang durch das Gebirge erzwang, wie das Rheintal, ein See gewesen, der große Mengen von Lehm und Löß absetzte und so dem Land die Hauptgrundlage zu großer

---

* Für die hier gebotene allgemeine Übersicht der Geschichte der Wetterau finden sich nähere Beweise in folgenden von mir früher veröffentlichten Schriften: Geschichte des Freien Gerichts Kaichen i. d. Wett. Gießen, Ricker 1858 S. 96. Die Gau- und Markverfassung in Deutschland. Gießen, Ricker 1860 S. 344. Der Altdeutsche Staat. Gießen, Ricker 1862 S. 206. Rechtsgeschichte der Wetterau. I 1867 S. 352, II Heft 1 u. 2 1874, 1885. Tübingen, Laupp. Geschichte des Deutschen Privatrechts. Stuttgart, Enke 1894 S. 474.

Die in sieben besonderen Abschnitten zu schildernde Geschichte der sieben Untergaue oder Zenten der Wetterau ist von mir nahezu fertig gestellt und wird in unserer Zeit ans Licht treten können.

Als „Archiv" wird angeführt das Archiv für Hessische Geschichte und Altertumskunde.

[1] Grimm, Jak., Deutsche Rechtsaltertümer 1828 S. 496.

[2] Die Namen aller Gewässer gibt Landau, Wettereiba 3—5.

Fruchtbarkeit verlieh. Schon Jahrhunderte vor Ankunft der Römer war es angebaut und von Deutschen bewohnt, da die vorher hier angesiedelten Kelten oder Gallen längst sich nach Süden verzogen hatten. Von Feldfrüchten wurden im früheren Mittelalter vorzugsweise Roggen, vom Volk Korn genannt, und Hafer gebaut, seit dem 13. Jahrhundert aber in zunehmendem Maße auch Weizen, der stets in höherem Preise stand; Gerste spielte keine Rolle; Dinkel fehlte ganz; Äpfel, Birnen, Zwetschen gediehen in größter Güte; die an vielen Orten früher erwähnten Weinberge oder Weingärten stammten wohl alle erst aus dem Mittelalter, obwohl das Braunkohlenbergwerk bei Salzhausen Abdrücke von urweltlichen Weinstöcken aufwies. Die Wälder bestanden noch zu Anfang des 19. Jahrhunderts nur aus Laubholz, besonders den nützliche Früchte tragenden Eichen und Buchen; Nadelhölzer waren unbekannt.

Auch an Reichtümern des Bodens fehlt es nicht; an Basalten, Sandstein, Kalk, Braunkohlen, deren Gewinnung erst der neueren Zeit angehört, Sauerbrunnen und Salzquellen, worunter jedenfalls die von Nauheim sehr frühe im Vordergrund standen.

Die Römer, welche schon seit Julius Cäsar in den Jahren 58—44 v. Chr. das linke Rheinufer in Besitz genommen, Mainz im Jahre 13 v. Chr. zur Festung gemacht, dann das Land zwischen Donau und Main besetzt hatten, begannen etwa in der Zeit von 80—160 n. Chr. den Main zu überschreiten und Niddagau und Wettereiba unter ihre Gewalt zu bringen; sie zogen den Grenzgraben, Pfahlgraben, Limes von Groß-Krotzenburg am Main in schnurstracker Linie über Rückingen, Ravolzhausen, Rüdigheim nach Marköbel, von da wiederum strack nach Rommelhausen, Oberau, Altenstadt, Stammheim, Staden, Bingenheim, weiter nordwärts nach Bisses, Schwalheimer Hof, Unter-Widdersheim, Steinheim, Hof Graß, Hungen; dann nimmt der Limes eine westliche Richtung über Bettenhausen, Birklar, Kolnhauser Hof, Grüningen und wendet sich dann wieder nach Süden an Pohl-Göns und Butzbach vorbei nach Hausen, von da, die Gemarkungen Hoch-Weisel, Fauerbach vor der Höhe und Langenhain durchschneidend, nach der Kapersburg und Saalburg und über den höchsten Berg des Gebirges, den Feldberg.[1]

Die nördlich und westlich vom Limes im Flußgebiet der Lahn gelegenen Landschaften waren von den kriegskundigen Chatten oder Hassen (Hessen) bewohnt, und wegen dieser Nachbarschaft hielten es die Römer für geboten, am Limes selbst und innerhalb desselben zahlreiche befestigte Kasernen (castra, castella) anzulegen, welche den Garnisonen in gewöhnlichen Zeiten Schutz gegen plötzliche Überfälle von chattischen Abenteurern boten. Auf einem Paß, der

[1] Gütige Mitteilung des Herrn Prof. Dr. Georg Wolff, Frankfurt.

in das Chattenland auf der Hochebene des Taunus hinüberführt, bei Homburg, erbaute Germanikus im Jahre 15 n. Chr. ein Kastell, das die Deutschen „Saalburg", d. h. Herrenburg nannten,[1] und in welchem eine Soldatenabteilung von etwa 500 Mann einquartiert war. Tacitus sagt, es sei „in finibus Chattorum" errichtet worden, was heißen kann „an den Grenzen der Chatten" oder auch „im Land der Chatten"; der Platz lag jedenfalls innerhalb ihres Landes; ob auch die Wetterau dazu gehörte, muß unentschieden bleiben, obwohl es wahrscheinlicher ist, daß sie damals von den romfreundlichen Mattiaken bewohnt wurde.

In der Folge hat der Limes stets die Grenze zwischen der Wetterau und dem hessischen Oberlahngau und Niederlahngau gebildet; eine viele Meter breite dichte Hecke oder Heege, Landheege, die noch im 19. Jahrhundert vieler Orten sichtbar war, schied die Gebiete noch gründlicher ab, dürfte aber von den Germanen angelegt gewesen sein.

Im Osten des Pfahlgrabens, auf den zahlreichen unteren Abhängen des Vogelsbergs, dehnte sich ein so gut wie unbewohnter Urwald aus, in welchen ihre Herrschaft vorzuschieben die Römer klugerweise verzichteten.

Ihre Herrschaft in Wetterau und Nidgau dauerte bis gegen das Jahr 275, also kaum zweihundert Jahre, und es ergriffen jetzt die Chatten, wenn sie nicht schon vorher hier gesessen haben, von dem Lande Besitz. Es ergibt sich das mit Sicherheit aus der Tatsache, daß in beiden Gauen bis Frankfurt später die hessische Rechtssprache herrschte, die Landgerichte „Grafschaften", comiciae, comeciae, die Dorfvorsteher „Zehngraf", „Zingraf", „Dorfgraf" hießen.[2]

Die römischen Castra wurden bis auf wenige Ausnahmen, worin germanische Häuptlinge ihre Wohnung aufschlugen, Arnsburg, Friedberg, Homburg, dem Boden gleich gemacht, die dem Gott Mythra von römischen aus dem Morgenland stammenden Soldaten errichteten Tempel, Altäre und Bilder zerschlagen, die Zinsbauern der Römer den deutschen Heerführern zinsbar gemacht, alle Römer vertrieben und die römische Sprache bis auf den letzten Laut ausgerottet. Von einer Verbreitung christlicher Religion sind keinerlei Spuren aufgefunden worden.

Seit dem 3. Jahrhundert fehlen alle Nachrichten; im 6. Jahrhundert wahrscheinlich unter Theoderich (511—534) kamen die Chatten, ebenso wie ihre östlichen Nachbarn, die Thüringe, unter die Botmäßigkeit des Königsgeschlechts der salischen Franken.

Im Jahre 732 wird der Name der Bewohner der Wettereiba zum

---

[1] Thudichum, F., Sala. Sala-Gau. Lex Salica. 1895 S. 33—34. Auch Seligenstadt am Main, Castrum Selgum, bedeutet Herrenburg.

[2] Thudichum, F., Tübinger Studien I 67—71 1906.

erstenmal erwähnt; Papst Gregor III. nämlich richtete ein Schreiben an die Edlen und das Volk verschiedener germanischer Landstriche, darunter auch an die Wetterauer, Wedrever, mit der Ermahnung, seinem Bevollmächtigten Bonifatius gehorsam zu sein.[1] Auch die Lebensbeschreibung des H. Sturm nennt die Wedereiba.[2]

## 2.

### Die Zeit vom 8. bis 12. Jahrhundert. Die königlichen, später herzoglichen Grafen über den grossen Gau Wettereiba.

Über diese Jahrhunderte fließen die Geschichtsquellen nur sehr spärlich; die wichtigsten sind die Urkunden der Klöster Lorsch (Laurissa), im Jahre 763 im Maingau bei Bensheim gegründet, Fulda 744 im großen Buchenwald, Hersfeld 770 im Hessengau. Könige, Herzoge, Grafen und andere reiche Leute beeilten sich, zum Heil ihrer Seelen Grundstücke, auch zuweilen Leibeigene (mancipia) an diese Klöster zu schenken, worüber sich Tausende von Schenkungsurkunden teils im Original oder in Abschriften oder Auszügen erhalten haben. Sie lauten gewöhnlich dahin: N. N. schenkt zum Heil seiner Seele dem Heiligen des Klosters die und die Güter im Gau Wettereiba (oder Niddagau) in der Grafschaft des X. X., in der Mark (marca) Y. Y.; wir erfahren also daraus annähernd, welche Orte zum Gau gehörten, und wer zur Zeit der Schenkung das Grafenamt darüber bekleidete, freilich nur die Vornamen der Grafen, da sich dieselben noch nicht nach Burgen nannten. Die Marken sind die Feldgemarkungen der Dörfer, wie sich an zahllosen Fällen aufs Bestimmteste beweisen läßt; dagegen werden die Untergrafschaften oder Zenten, in welchen das Gut lag, nicht genannt, mit Ausnahme der Zent Bingenheim, deren generale placitum schon im Jahre 932 vorkommt.[3]

[1] Universis optimatibus et populo provinciarum Germaniae: Thuringis et Hessis, Borthariis, Nistresis, Wedrevis et Lognais, Suduosis et Grabfeldis, vel omnibus in orientali plaga constitutis. Epistolae St. Bonifacii No. 128 ed. Wüdtwein S. 95. Die Bortharier sind die Anwohner des Bachs Wohra, ursprünglich Bordaa genannt, welcher sich bei Kirchhain und Amöneburg in die Ohm ergießt und mit dieser oberhalb Marburg in die Lahn fällt. (Wenck, Hess.L.G. 2 199 Anm. c und 252.) Die Nistreser sind die Anwohner des Bachs Nister, der unweit Hachenburg in die Sieg fällt. (Kremer, Origines Nassoicae S. 28 und Rheinisches Franzien S. 37.) Lognaer = Bewohner der Logna, Lahn, Grabfelder, Bewohner des Gaus Grabfeld südöstlich von der Rhön; die Suduoser lassen sich nicht bestimmen.

[2] Monum. Germ. Script. 2 369.

[3] In andern Gaugrafschaften werden sehr frühe Untergaue erwähnt; z. B. im Ober-Lahngau, Nieder-Lahngau, Maingau, in der Schweiz. Belege bei Thudichum, F., Gau- und Markverfassung 1860 S. 10—11.

Das Land am Wassergebiet der Wetter und Horloff (Hornaffa, Hornufa) war damals durchaus gut angebaut und verhältnismäßig dicht bevölkert, wie dies schon für die Zeit der Römerherrschaft angenommen wurde; die Anrodung in den Tälern des Vogelsbergs hat erst im 10. und 11. Jahrhundert begonnen, da in den alten Klosterurkunden hier keine Schenkungen begegnen.[1]

Die in der Wetterau und im Nidgau erwähnten Dorf-, Fluß- und Bergnamen sind sämtlich gut deutsch und erinnern nirgends an Kelten oder Gallen; der von Tacitus gemeldete Name Taunus war beim Volk gänzlich vergessen und dafür „die Höhe" üblich. Die Mundart des Volkes ist in ihrer Grundlage die fränkische, mit schwachen Anklängen an das Schwäbische, nach Weigands Urteil zum Teil auch an das alte Gotische, was auf Beimischung entweder einzelner anderweitiger miterobernder germanischer Heerhaufen oder Ansiedlung anderer germanischer Bauern noch zur Zeit der Römer hindeutet. Die Rechtssprache ist, wie schon bemerkt, die hessische.[2]

---

[1] Die an die Wetterau angrenzenden unteren Täler wurden vom Volk wohl auch noch als Wetterauisch bezeichnet, aber ein besonderer großer „Gau des Vogelsbergs", als Teil der Wetterau, wie ihn LANDAU hinstellt, ist den Urkunden ganz fremd und bloße Erfindung LANDAUS.

[2] WEIGAND, K. (Professor in Gießen), Oberhessische Ortsnamen (Archiv 7 241—332, 567—569 1852); Berichtigungen dazu gibt F. THUDICHUM im Büdinger Wochenblatt vom 11., 18. und 25. Februar 1868. ROTH, K., Beiträge zur deutschen Sprach-, Geschichts- und Ortsforschung. München 1850—1870. KELLNER, Ortsnamen des Kreises Hanau. Programm der Hanauer Realschule 1868 u. 1871. VILMAR, Ortsnamen in Kurhessen (in d. Zeitschr. f. Hess. G. u. L., Cassel, 1, auch J. GRIMM, ebendaselbst Bd. 2). Während WEIGAND 7 331 in der Wetterau nur deutsche, gar keine keltischen Namen fand, erklärte ARNOLD, W., Ansiedlungen und Wanderungen deutscher Stämme 1875, zahllose Ortsnamen für keltisch, ebenso die Namen der meisten Bäche und Flüsse am Untermain, wie Nidda, Nidder, Kinzig, ja sogar in Hessen die Lahn, Eder, Diemel, Weser, wonach also der Beweis geliefert wäre, daß Kelten bis hoch in den Norden gesessen hätten. ARNOLDS Buch ist aber darin, wie in anderen Stücken eine wertlose Kompilation und Dichtung, die leider bei Dilettanten großes Glück gemacht und viele erträumte Arbeiten zur Folge gehabt hat.

Übrigens ist auch WEIGAND bei gar manchen seiner Deutungen in Irrtum verfallen, indem er glaubte, wo es immer ging, den Dorfnamen auf einen Eigennamen, Personennamen zurückführen zu dürfen, ausgehend von einer verbreiteten Theorie, daß im Zweifel Orte mit der Endung heim, stadt, tal, sassen, bach, rode, ingen, weiler, trup auf Personen hinweisen, sei es auf einen Grundeigentümer der Dorfmark, der dann andere Leute darauf ansiedelte, oder auf das Haupt eines Geschlechts, welches die Dorfmark zusammen in Besitz nahm. (Theorie der patronymischen Namen.) Das mag ja in manchen Fällen zutreffen, ist aber in anderen ganz unbeweisbar, in anderen entschieden falsch.

MALSZ, C., Die Bauern. Genrebild in 1 Akt. In Wetterauer Mundart 1850. GEIBEL, P., Humoristische Gedichte in Wetterauer Mundart. FRIEDRICH VON TRAIS (pseudonym), Heimatsklänge aus der Wetterau.

In den östlichen neuen Anrodungen wird eine in der Mitte zwischen Hessisch und Rheinfränkisch stehende Mundart geredet, die Rechtssprache ist Fränkisch, der Dorfvorsteher hieß, soweit wir bis jetzt wissen, nirgends Graf oder Zehngraf, Dorfgraf, sondern Schultheiß.

Die urkundlich genannten Grafen (Comites) der Wetterau sind:

| | |
|---|---|
| 817 Burghard | 942 Hatumar |
| 878 Meginfried | 949 Udo |
| 884 Adalhard | 976—997 Heribert |
| 886 Konrad | 1016 Otto |
| 900 Stephan | 1017 Bruning |
| 909 Gebhard | 1034 Otto |
| 914 Otto | 1043—1064 Berthold |
| zwischen 927—936 Gerhard | 1131—1170 Berthold Graf von Nürings.[1] |

Nach Ausweis dieses Verzeichnisses stand der ganze Gau Wettereiba im alten Umfang unter einem einzigen Grafen, dem in einzelnen Fällen auch der Nidgau unterstellt war. Zu seinen Aufgaben gehörte es namentlich: die Militärgewalt zu handhaben, die berufsmäßigen besoldeten Kriegsdienstmannen, Ministeriales, des Königs oder Herzogs zu befehligen, das Volk als Landsturm aufzubieten und von ihm Heerwagen und sonstige Lieferungen und Dienste einzutreiben; die Verwaltung der königlichen oder herzoglichen Güter und der Münzstätten zu beaufsichtigen; jährlich wenigstens dreimal den Gau zu bereisen und in den sieben Untergauen, gewöhnlich Grafschaft, Comicia (nicht Comitatus) oder Landgericht genannt, zuweilen auch Zent, Centena, die Volksversammlungen und hohen Gerichte abzuhalten, oder, was meistens geschah, durch Amtleute, Waltboten, Gewaltboten, Schultheißen abhalten zu lassen. Der Graf hatte als Besoldung die widerrufliche Nutznießung an gewissen königlichen oder herzoglichen Gütern, bezog von jedem Haushalt im ganzen Gau ein Huhn (Rauchhuhn) und eine kleine Menge Hafer (Rauchhafer), „Bede" genannt, hatte außerdem Anspruch auf Leistung von Fuhren seitens der Gemeinden und auf Atzung und Lager für sich und seine Leute, wenn er kam, um die hohen Gerichte abzuhalten.

Ob die Einteilung des Landes und Volkes in große Gaue schon in ältester republikanischer Zeit bestanden hat und welche Bedeutung ihr damals zukam, bleibt ungewiß; sie könnte sehr wohl erst von den fränkischen Königen herrühren.

In geschichtlicher Zeit wird von Volksversammlungen und

[1] Die Burg Nürings, Nuringes, stand im vorderen Taunus, wo jetzt die Ruinen der Burg Neu-Falkenstein zu sehen sind. Über die Grafen der Wetterau und des Niddagaus vgl. Landau 227—228 und Draudt, C., in Forschungen zur Deutsch. Gesch. **23** 365—480 1883. Über den Grafen von Nürings Vogel, Beschr. d. H. Nassau 195—198.

Schöffen für den ganzen großen Gau Wettereiba nichts berichtet und gegenteilige Annahmen beruhen auf irrigen Schlüssen.[1]

Der Gaugraf wurde anfänglich vom fränkischen, bezw. deutschen König auf Widerruf ernannt; nachdem etwa seit dem Jahr 900 ein Herzog (dux) über Rheinfranken die Stellvertretung des Königs widerruflich führte, ging auf diesen das Ernennungsrecht der Grafen über. Seit dem 11. Jahrhundert erzwangen die Herzöge und Grafen Erblichkeit ihrer Ämter in der Form erblicher Lehen für den Mannsstamm; Grafen konnten daher vom Herzog, Herzoge vom König nur noch ernannt werden im Fall des Aussterbens des Mannsstamms oder gerichtlicher Aberkennung des Amts.

Als im Jahre 1125 das salische Herzogshaus über Franken mit Heinrich V. ausstarb, behielt Kaiser Lothar II. und auch Kaiser Konrad III., der Hohenstaufe, das Herzogtum in seiner Hand; im Jahre 1156 aber stellte Kaiser Friedrich I. dasselbe wieder her unter dem Namen Pfalzgrafschaft am Rheine, und übertrug es seinem Stiefbruder Konrad von Schwaben; als dieser 1194 ohne Söhne starb, erhielt der älteste Sohn des Welfen Heinrichs des Löwen von Kaiser Heinrich VI. das Fürstentum, dann dessen Sohn Heinrich. Im Jahre 1214 reichte Kaiser Friedrich II. den schon mit dem Herzogtum Bayern begabten Wittelsbachern die Pfalzgrafschaft am Rhein zu Lehen; diese hatten fortan die Grafschaft über die Wetterau, soweit sie überhaupt noch bestand, zu verleihen, und dieses Recht übten sie noch im 13. Jahrhundert, ließen es aber allmählich in Vergessenheit geraten, oder verloren es durch kaiserliche Anordnungen. Nach einem Weistum etwa aus dem 13. oder 14. Jahrhundert verliehen die Pfalzgrafen noch damals in ihrem Residenzschloß Alzei „von dem Steine“ 14⅛ Grafschaften, worunter die Grafschaft „Falkenstein halb“ aufgeführt wird. (Vgl. unten S. 30.)[2]

## 3.

### Verfassung der Untergaue (Grafschaften, Zenten), Markgenossenschaften und Dörfer.

Die Urkunden, welche aus dem 7. bis 11. Jahrhundert auf uns gekommen sind, zeigen, wie schon oben gesagt, daß überall in der Wettereiba Dörfer (Villae) und Dorfgemarkungen (Markae) be-

[1] Ich habe das bereits ausgeführt in meiner Gau- und Markverfassung 1860 S. 82—112, namentlich S. 106. Auf S. 112 findet sich ein Druckfehler; es muß natürlich heißen: in der historischen Zeit sind also Versammlungen aller freien Leute des Hessengaus nicht nachzuweisen.

[2] Abgedruckt im Archiv f. Hess. G. 14 711—717. Ungenau bei Grimm, Weist. 1 798.

standen, deren Lage und Beschaffenheit im wesentlichen derjenigen glich, wie sie in späteren Jahrhunderten sich zeigen, und die auch schon dieselben Namen führten. Eine nicht geringe Zahl von Ansiedlungen ist im Lauf der Zeit, namentlich durch die verwüstenden Kriege im 15. Jahrhundert und im 30jährigen Krieg erloschen, aber doch fast nur geringfügigere Nebenansiedlungen innerhalb einer Dorfmark, eigentliche Dörfer kaum zehn; wo ganze Dörfer wüst wurden, blieb die Gemarkung derselben meistens fortbestehen, teils ganz selbständig, teils als besonderer Bestandteil einer anderen Dorfmark.[1] Die genaue Kenntnis der Namen und der ehemaligen Lage dieser wüsten Orte bildet eine Vorbedingung für das richtige Verständnis vieler Urkunden, und es verdienen die Forscher, welche sich der nicht geringen Mühe unterzogen haben, eingehende Untersuchungen darüber anzustellen, den wärmsten Dank.[2]

Die Bauern wohnten so wie jetzt auch schon in alten Zeiten überall in geschlossenen Dörfern, nicht zerstreut; jedes Dorf war mit Graben und Zaun (Haingraben, Dorfgraben, Heeg) umschlossen, aus vielen Gründen: zum Schutz gegen wilde Tiere, wie Bären, Wölfe, Luchse, sodann um Räubern und Dieben den Ein- und Austritt zu verwehren oder zu erschweren. Der Raum innerhalb des Dorfzaunes war rechtlich befriedet, jede Blutrache bei schwerer Strafe verboten. Bei meinen Untersuchungen in den Jahren 1854—1862 habe ich bei den meisten alten Dörfern diese Dorfzäune teils noch bestehend vorgefunden, teils dem Namen nach fortlebend, während sie in den erst seit dem 11. Jahrhundert angerodeten Gegenden nicht vorkommen.[3]

Das Ackerland der Dorfgemeinde lag um das Dorf herum, eingeteilt in drei oder auch vier Fluren oder Felder, für den Wechsel von

[1] Z. B. als Gutshöfe dauern fort: Wickstadt-Sterrenbach, Albacherhof und Kolnhäuserhof bei Lich, Straßheimerhof bei Friedberg, als Ackerfeld ohne Wohnungen: Berkheim bei Grüningen, Heienheim bei Wölfersheim, Feldheim zwischen Bellersheim und Inheiden, Geisenheim zwischen Södel und Weckesheim, Lichen oder Laichen bei Okarben u. a. m.

[2] Wagner, G. W. J., Die Wüstungen im Großherzogtum Hessen-Darmstadt 1854—1865. I. Oberhessen. Nachträge in Bd. II. Starkenburg, als Anhang. Landau, Gg., Dr., Historisch-topographische Beschreibung der wüsten Ortschaften im Kurfürstentum Hessen. Herausgegeben vom Verein für Hess. Gesch. u. Landesk. Cassel 1848—1858. In der Generalstabskarte von Kurhessen (112 Blätter) sind unter Mitwirkung von Landau auch die Wüstungen eingetragen.

[3] Thudichum, F., Über Dorfeinfriedungen und Grenzwehren von Marken, Gauen und Ländern (im Anzeiger f. Kunde d. Deutschen Vorzeit, Nürnberg 1860, No. 1—5). Vgl. auch Kayser im Archiv **12** 512 und Dieffenbach im Archiv **5** Heft 2, S. 24, 77, 99, 134, 135, 141, 146. — Auch in Ost-Afrika, bei den Suaheli, sind die Dörfer mit einem Graben und einer etwa 12 Fuß hohen undurchdringlichen Hecke umgeben. (Leutnant von Tiedemann in d. Norddeutschen Allgem. Zeitung 6. Okt. 1889.)

Winter- und Sommerfrucht und Brache, die Felder wieder in Gewanne und Morgen, frühe kommen auch halbe und Viertels-Morgen vor. Ein Besitz von 30 Morgen nebst Hofreite (Mansus) hieß Hube (Huoba), und diese 30 Morgen lagen in allen Gewannen zerstreut. Wo sich große Grundbesitzer fanden, war ihnen häufig ein Stück Ackerland von 3—4 Huben an einem Stück in der Nähe ihres Haupthofes ausgeschieden, eine Beunde, Bunde. Die Huben begriffen nur Ackerland, keine Wiesen und noch weniger Wälder. Das von reichen Leuten oder vom König an freie oder unfreie Leute gegen Zins überlassene Ackerland lag im Gemenge in den verschiedenen Gewannen; große Gutshöfe mit zahlreichem Gesinde gab es nirgends.

Eine Dorfmark begriff in ältesten Zeiten, als noch jährlicher Wechsel im Besitz der Dorfmarken stattfand, Ackerland für hundert Bauern oder zehn Zehnschaften (500 Seelen), also 100 Huben Ackerland, so viel wie 3000 Morgen oder 1500 Hektar, Zahlen, die später nur noch sehr im allgemeinen zutrafen.

Eine Anzahl von Dorfgemeinden waren zu einer höheren Einheit verbunden, welche in der ursprünglichen alten Wetterau gewöhnlich Grafschaft (Comecia) hieß, aber auch Landgericht, Zent, Mark; welchen Umfang diese größeren Verbände ursprünglich gehabt hatten, konnte wegen der seit dem frühen Mittelalter eingetretenen Zerreißung der meisten derselben nur auf dem Wege einer umständlichen Beweisführung ermittelt oder wenigstens wahrscheinlich gemacht werden. Der kurhessische Archivar Dr. Georg Landau unternahm das in seiner Beschreibung des Gaues Wettereiba, verfiel aber dabei in Hunderte von Irrtümern, weil er von der falschen Voraussetzung ausging, daß die mittelalterlichen kirchlichen Einteilungen sich deckten mit den altdeutschen politischen Verbänden.

Sobald ich seit 1858, als junger Privatdozent an der Universität Gießen, mir die Frage vorlegte, wie groß man sich eine ursprüngliche Grafschaft oder Zent zu denken habe, mußte ich angesichts des bis 1601 ungeteilt gebliebenen Landgerichts Ortenberg, des bis 1703 ungeteilt gebliebenen Landgerichts zum Hüttenberg im Unter-Lahngau und der bis 1481 ungeteilten Grafschaft Bornheimer-Berg im Niedgau zu dem Schluß gelangen, daß man in diesen Gerichten die regelmäßige Größe eines Untergaues vor sich habe. Das Glück wollte, daß ich um dieselbe Zeit aus umfangreichen Akten andere entscheidende Tatsachen ermitteln konnte: daß das große Landgericht Ortenberg auch nach seiner Teilung bis zum Jahre 1830 eine 1000 Morgen große Weide, die ehemals Wald war, besessen hat, daß das große Landgericht Büdingen zusammen mit dem Gericht Wolferborn bis 1831 einen gemeinschaftlichen „Mark- und Gerichtswald" besaß usw. Es war nun die Aufgabe festzustellen, ob sich das Zusammenfallen von Gericht und Mark in weiteren Beispielen nachweisen ließe und das

gelang mir im Jahre 1859 für das frühe völlig zerrissene Freie Gericht Kaichen, indem ich in der Gemeindelade zu Eichen Urkunden aus den Jahren 1410, 1444 und 1454 fand, welche die Markgemeinschaft zwischen Eichen, Windecken und Ostheim, und damit die ursprüngliche Zugehörigkeit zum Gericht Kaichen bewiesen, und damit zugleich einen wichtigen Beleg dafür lieferten, daß die alten Gerichte und Markgenossenschaften nach Wasserscheiden abgeteilt gewesen sind, woraus zugleich ihr sehr hohes Alter erhellt.[1]

Damit war der entscheidende Satz gefunden, mit dem der ursprüngliche Bestand der zerrissenen alten Gerichte herausgefunden werden konnte, da die markgenossenschaftliche Verbindung in vielen Fällen die politische Teilung überdauerte. Das wichtigste Beispiel hierfür liefert die Hohe Mark am Taunus, zu deren Märkerding bis zum Jahre 1809 4000 Märker zu Ursel auf der Wiese erschienen und über die Mark beschlossen. Aus Akten sowohl als durch Begehung vieler Gerichtsgrenzen konnte ich ferner feststellen, daß die alten Gerichte in altdeutscher Weise von breiten und hohen Grenzhecken umgeben gewesen sind.

Die Wetterau zählte ursprünglich sieben solcher Untergaue, mit je zwölf oder auch mehr Dorfgemeinden.

Später, im Jahre 1867, habe ich in meiner Rechtsgeschichte der Wetterau Bd. I Anhang S. 318—331 Nachweise über die Größe der Gerichte und Marken im Niddagau, Gau Königssondern, Rheingau, Maingau, gegeben, welche zu den Ermittelungen in der Wetterau stimmten, und ebenso ergaben die Forschungen über Mittel-Franken, Schwaben und die Schweiz, daß die hier nachweisbaren Untergaue in der Größe den Grafschaften in der Wetterau entsprechen; die Kantone Schwyz, Uri, Unterwalden, Glarus usw. sind Zenten und zugleich Markgenossenschaften.

Die Verfassung der Grafschaft hatte folgende Gestalt: Jährlich dreimal kam das ganze Volk, alle volljährigen Männer, arm und reich, an festbestimmten Tagen an der Mallstätte, auf einer kleinen Anhöhe oder an einem Bach zusammen; auch die außerhalb des Ge-

[1] Meitzen, Aug., Wanderungen, Anbau, Agrarrecht der West-Germanen 1895 S. 129 bestreitet, daß man aus Zuständen der Wetterau und der Urschweiz das Zusammenfallen von Gericht und Mark beweisen könne, „weil diese noch in später Zeit römisch gewesen seien"; allein das ist ein schwacher Grund, da Zent- und Markgemeinden doch nichts Römisches sind. Meitzen berücksichtigt auch nicht die Beweise, die ich in meiner Rechtsgeschichte der Wetterau I u. II 1. 2. beigebracht habe, und zum Teil Gebiete betreffen, die nie den Römern gehorchten. Auch das Freie Gericht Wilmundsheim am Spessart, das eine große Zent und Mark bildete, lag außerhalb des Limes, ebenso die Zent des Hittenbergs im Nieder-Lahngau. Ich hoffe durch Veröffentlichung vieler neuer Beweise alle Zweifel endgültig niederzuschlagen.

richts wohnten, aber eine ganze Hube darin zu Eigentum besaßen, mußten erscheinen, waren dingpflichtig. Den Vorsitz führte der königliche Graf oder sein Gewaltbote; in einem der ungebotnen Dinge wurde jährlich ein Vorsteher der Zent gewählt, Zentgraf, in lateinischen Urkunden Centurio, genannt, desgleichen ein oder zwei Märkermeister und etliche Förster; die einzelnen Dörfer, deren Nachbarn im ungebotnen Ding beieinander standen, wählten ihren Dorfvorsteher, Zengraf (= Zehngraf), Zingraf, Dorfgraf, Untergraf, desgleichen in manchen Gerichten einen Scheffen zum Landgericht.

Das weitere wichtigste Geschäft war die Aburteilung angeklagter Verbrecher; das Urteil fanden die Zengrafen oder die zwölf Scheffen; nicht erledigte Strafsachen und Klagen über Grundeigentum kamen in einem Nachgericht oder Afterding, welche von den Gewaltboten des Grafen oder auch in deren Auftrag vom Zentgrafen abgehalten wurden, zur Entscheidung, wobei das Erscheinen des Zentvolks nicht gefordert war.

In den einzelnen Dörfern richtete unter Vorsitz des gewählten Dorfgrafen die ganze Gemeinde über kleinere Rechtssachen, vorbehaltlich der Berufung an Zentgraf und Scheffen, regelte auch Gemeindeangelegenheiten, wie die Bestimmung der Erntezeiten und den Wechsel des Fruchtanbaus, Wahl der Feldschützen und Hirten, Bestrafung der Feldfrevler. Vor den Dorfgerichten wurde auch das Eigentum an Liegenschaften in der Dorfmark aufgegeben, Pfandrechte bestellt, letzte Willen verlautbart. Der Ort der Gemeindeversammlung wird vielfach bezeichnet als „vor dem Spielhaus", apud theatrum, d. h. vor einem zu Versammlungen oder Verhandlungen bestimmten Haus.[1] Scheffen als Urteiler im Dorfgericht gab es ursprünglich nicht; später sind sie an manchen Orten in der Zahl 4—8 eingeführt worden; in Dörfern, welche ganz aus dem Zentverband herausgerissen waren, und wo auch über Blut gerichtet wurde, findet man meist 12 Scheffen, z. B. in Ranstadt, Melbach, Langenhain.[2]

Alle Volksversammlungen und Gerichte fanden unter freiem Himmel statt, unter Lindenbäumen, die am Gerichtsort gepflanzt waren, und die Verhandlungen waren mündlich.

Die Almend-Verfassung nahm folgenden Verlauf: zuerst ging das Ackerland ins Verfügungsrecht der Dorfgemeinden über, dann ins Privateigentum der Dorfnachbarn, war teilbar und veräußerlich,

---

[1] Vgl. Schmeller, Bayr. Wört. 3 561.

[2] Die Angaben von Mone, F. J., Personalbestand der Ortsgerichte vom 13. bis 17. Jahrh. (in d. Zeitschr. f. d. Gesch. d. Oberrheins 15 257—277 1863) sind unbrauchbar, weil sie weder Ort noch Zeit unterscheiden, sogar Scheffen der Hubgerichte heranziehen.

so daß es sehr früh neben den Vollbauern kleinere Eigentümer, auch Leute ohne eignes Ackerland gab; in nicht wenigen Orten behielt die Gemeinde noch einen Teil des Ackerlands in ihrer Hand und gab dasselbe an die Gemeindsleute auf den Kopf für kurze Zeit zur Benutzung. Die Wiesen findet man in der Wetterau bis in neueste Zeiten herab überwiegend im Eigentum von einzelnen Gemeinden, oder im Gemeinbesitz mehrer Gemeinden, als Koppelweiden, den Gemeindeherden das ganze Jahr zur Weide geöffnet, nur ein Teil zur Erzielung von Heu gehegt, woran dann alle Gemeindsleute einen gleichen Teil erhielten; Privatwiesen finden sich nur in beschränktem Umfang. Außerdem stand alles abgeerntete Ackerland dem Weiderecht nicht bloß einer, sondern meist mehreren Nachbargemeinden zu. Die Wälder blieben hier und da bis in neuere Zeit im Eigentum der Zent, meistens wurden sie, und zwar infolge der Zerreißung der Zenten, in kleinere Markgemeinschaften zerteilt, auch nicht wenige Stücke davon von den Landesherren gewaltsam an sich gerissen. Jeder Gemeindsmann erhielt Brennholz und Bauholz nach seinem Bedarf aus den gemeinen Wäldern; es wurden in dieselben auch die Viehherden getrieben, namentlich in trockenen Sommern, im Spätherbst sodann die Schweine zur Mast. Daß die Mast eine große Rolle spielte, läßt auf sorgfältige Pflege der Markwaldungen in älterer Zeit schließen.

Es ergibt sich hieraus, daß auch diejenigen Gemeindsleute, welche wenig oder kein Ackerland besaßen, doch mit diesen bedeutenden Almend-Nutzungen imstande waren, eine Kuh, ein Pferd, ein Schwein und eine Ziege zu halten. In den drei ungebotnen Dingen der Zent, in den Märkerdingen und Gemeindeversammlungen erschienen „arm und reich" und stimmten mit.[1] Dies galt auch in den Orten, wo fast das ganze Ackerland im Eigentum des Königs gestanden hatte und die Bauern nur Landsiedler waren; z. B. zu Erbstadt, Eichen, Fauerbach bei Friedberg. Die Almend hat dort nie als Eigentum des Königs gegolten, sondern als Eigentum der einzelnen Gemeinde oder der größeren Markgenossenschaft. Die neuerdings von R. Schröder aufgestellte Behauptung, daß die fränkischen Könige sich als Eigentümer alles Landes betrachtet und diesen ungeheuerlichen Anspruch auch durchgesetzt hätten, entbehrt allen Beweises und ist für die Wetterau unbedingt unrichtig; auch das, was Gg. L. v. Maurer in seiner Geschichte der Markenverfassung 1856

[1] Daß „arm und reich" Stimmrecht hatte, nicht bloß in der Wetterau, sondern überhaupt in Süddeutschland, auch in den Städten, habe ich nachgewiesen in meiner Gau- und Markverfassung 1860 S. 244—246; in v. Sybels Histor. Zeitschrift 16 416—423 1866 und in meiner Gesch. d. Deutschen Privatrechts 1894 S. 85 Anm. 6, und kann jetzt noch viele weitere Beweise dafür vorführen.

über „grundherrliche Marken" in der Wetterau vorträgt, beruht auf gänzlicher Unkenntnis der Verhältnisse.

Gg. Waitz in seiner deutschen Verfassungsgeschichte 1,38 (1844) hatte sich zum Beweis dafür, daß nur Besitzer ganzer Huben Lands zu den Volksversammlungen hätten kommen und dort stimmen dürfen, auf ein Weistum über das Gericht Kaichen vom Jahre 1400 berufen, worin es heißt: „auch welcher Lehenherr unter einer Hube hätte, der dorfte nit kommen zu ungebotnem Dinge"; allein „dürfen" ist hier im schwäbischen Sinn von „brauchen" genommen, und das Weistum besagt, wer weniger als eine ganze Hube im Gericht besitzt, z. B. nur einige Morgen, ist nicht dingpflichtig. Die unrichtige Auslegung findet sich freilich schon in J. Grimms Rechtsaltertümern S. 290; ich habe sie widerlegt in meiner Geschichte des „Freien Gerichts Kaichen" und in meiner Gau- und Markverfassung 1860, S. 53 Anm. 3; Waitz hat darauf in der 3. Auflage seines Buches I 151—152 diesen einzigen vermeintlichen Beweis für seine Ansicht gestrichen, ohne den Grund anzugeben; seine falsche Theorie aber wiederholt, jetzt ohne irgend welchen Beweis.

Eigenknechte (Mancipia) werden nur selten in wetterauischen Urkunden erwähnt, hier und da aber Liten (Halbunfreie), deren Rechtslage sich als recht günstig darstellt; die große Masse des Volkes bestand aus völlig freien Leuten. Freilich die feilen Juristen des 15. bis 18. Jahrhunderts bestrebten sich, alle ihren Landesherren unterworfenen Bauern zu Leibeignen zu stempeln, und dann kamen die Gelehrten des 18. und 19. Jahrhunderts und belehrten die Welt, daß der Stand der Freien schon im 8. oder im 10. oder im 12. Jahrhundert untergegangen sei, und die Rittermäßigen die einzigen Überbleibsel darstellten; der großherzoglich hessische Historiograph Joh. Ernst Christian Schmid in seiner Geschichte von Hessen I 107 1818, bestätigte dies für den ganzen Umfang des Großherzogtums Hessen, und meinte, in den meisten Landschaften habe schon die Luft leibeigen gemacht. — Daß solche Annahmen für die Wetterau gänzlich unzutreffend sind, hat schon Landau, Wett. S. 234, nachdrücklich hervorgehoben und ich werde in der Geschichte der einzelnen Untergaue seine Ansicht überall bestätigen können. Ein Hauptgrund der früheren Irrtümer lag in mangelhaften Kenntnissen überhaupt, insbesondere aber in Unkenntnis der Kennzeichen von Freiheit und Unfreiheit und in Mißverstand von manchen Benennungen, wie z. B. der Benennung „Armeleute", „Hintersassen", „Hof-Hörige". Ich habe diesem Mangel abzuhelfen gesucht durch Aufstellung scharfer Begriffe schon 1868 in dem Aufsatz „Rückblick auf die Geschichte der Leibeigenschaft" in den Preußischen Jahrbüchern Bd. 22 S. 543—563 und 698—731 und dann 1894 noch ausführlicher in meiner Geschichte des „Deutschen Privatrechts" S. 92—156.

Bis zum 19. Jahrhundert ist in vielen Dörfern der Wetterau auf Pfingsten ein uraltes Volksfest gefeiert worden; es wurde dafür ein Wiesenstück, die Pfingstweide genannt, von etwa 10 Morgen gehegt, von der Beweidung der Viehherden bis Pfingsten ausgeschlossen, so daß es zur Festzeit reichliches Futtergras darbot. Am Festtag zog alles Volk hinaus und führte die Tiere, mit Kränzen und Blumen geschmückt auf den Wasen, wo es auch an Spiel und Tanz nicht gefehlt haben wird. SCHMELLER im bayer. Wörterbuch I, 319—320 berichtet, daß die Kuh, welche zuletzt zur Pfingstweide kam, einen Kranz von Stroh statt der Blumen aufgesetzt erhielt, zum Spott für die saumseligen Besitzer. Im Landgericht Hittenberg, im benachbarten Niederlahngau, kamen bis 1805 alle Gemeinden des Landgerichts mit ihrem Vieh auf der Pfingstweide zu Dornholzhausen zusammen, wonach also hier das Fest ein Gaufest gewesen ist; so wenigstens hörte ich im Jahre 1858 von dem Bürgermeister zu Langgöns, dessen Großvater noch dahin gefahren war.

## 4.

## Die gutsherrlichen Gerichte (Hubgerichte, höfige Gerichte, Vogteigerichte, Budinge).[1]

Seit dem 13. und 14. Jahrhundert treten in der Wetterau eine größere Anzahl von Gerichten hervor, welche größere Gutsherren über ihre Zinsbauern abhielten, zu dem Zweck, um die Entrichtung ihrer Zinse und Gülten und die Erhaltung ihres Grundeigentums zu sichern. Solche Gerichte bestanden zu Büdesheim, Eichen, Erbstadt, Ostheim-Windecken, Marköbel, Nieder-Issigheim, Fauerbach bei Friedberg, Ober-Wöllstadt, Bingenheim, Echzell, Berstadt, Eberstadt, Kalbach, und wohl noch an anderen Orten.

Die meisten derselben standen Klöstern zu, welche die Gerichte durch ernannte Schultheißen oder Vögte abhalten ließen, hier und dort aber auch dieses Vogtamt an Ritter oder gar Grafen erblich verliehen hatten. Die Verfassung und Zuständigkeit der Gerichte ist teils aus Weistümern, teils aus anderen Urkunden vollkommen klar und überall die gleiche, und stimmt zu derjenigen, wie sie für den Propstei-

[1] Namen für das gutsherrliche Gericht waren: Höfiges Gericht, Hofgericht, Gericht im Dinghof, Hubgericht, Buding, Vogteigericht, Landsiedelgericht (in einer Urk. von 1454). Der Hofverwalter hieß: Meier, Hof-Schultheiß, Vogt (Advocatus), Amtmann, Kelner. Die gegen Zins verliehenen Güter: höfige Güter, Hofgüter, Huben oder Hufen, Hubhöfe, hubige Güter. Die Zinsbauern: Hofsleute, Höfer, Höfener (Mansionarii), Hofhörige, Hofelinge, Hofgenossen, Hausgenossen, Zinsgenossen, Hubener, Hofjünger (Juniores) im Gegensatz zum Hofmeister oder Meier, Vogtbare (Homines advocaticii).

hof zu Frankfurt und den Fuldischen Dinghof zu Bonames gut bekannt ist.[1]

Alle Bauern, welche Herrengut bauten, mußten dreimal im Jahr an festbestimmten Tagen sich im Haupthof des Herrn (Herrenhof, Fronhof, Salhof) einstellen; der Schultheiß ernannte dann aus ihrer Mitte 12 oder mehr Hofscheffen, ließ sie auf den Bänken niedersitzen, hegte das Gericht im Namen des Herrn und ließ die Namen derjenigen verlesen, welche ihre Schuldigkeiten nicht entrichtet hatten. Denselben wurde dann durch Urteil der Scheffen ihre Strafe angesetzt.

Auch Streitigkeiten, die unter den Hübnern selbst über Besitz, Erbrecht und dergleichen entstanden, kamen vor das höfige Gericht.

Waren Zinsgüter durch Tod an Erben gefallen, so mußten diese Anzeige machen und dem Gutsherrn den üblichen Treueid leisten, der dem Huldigungseid von Vasallen glich, auch etwa dabei herkömmliche Gebühren entrichten. Dasselbe galt von denjenigen, welche Güter geteilt, oder an andere Bauern des Herrn oder an Dritte verkauft hatten; diese mußten mit den Erwerbern erscheinen und sie vor Gericht einsetzen, wehren. Diese Einsetzung konnte meistens auch schon vorher vor Schultheiß und Scheffen geschehen; und seit dem 15. Jahrhundert wurden alle Veränderungen durch Erbfall oder Veräußerung in Bücher eingetragen.

Es ist hierbei zu bemerken, daß in der Wetterau die meisten Güter zu Landsiedelleihe verliehen waren, die vererblich war und vom Eigentümer nur widerrufen werden konnte, wenn er das Gut selbst bauen wollte; die Landsiedler konnten ihr Recht auch meistens an Erben verteilen und an Dritte verkaufen, vorbehaltlich eines Vorkaufsrechts des Herrn oder zuweilen auch dessen Zustimmung.[2]

Die Reichnisse bestanden in Fruchtabgaben, in Geld, namentlich mancherlei Gebühren, wie für Einsetzungen (Wehrschaften); bei Erbfällen war von freien Leuten ein „Ehrschatz", von seiten Unfreier aber das Besthaupt oder der Buteil zu entrichten, jährlich sodann ein Huhn als Zeichen der Zinspflicht; diese Reichnisse waren in den Herrnhof, Haupthof, des Herrn und an den vom Herrn darin gesetzten Gutsverwalter abzuliefern. Außerdem hatten die Zinsbauern die Pflicht, das um den Herrenhof herumliegende unverliehene herrschaftliche Land (terra salica, terra indominicata), welches gewöhnlich umzäunt,

[1] Das Hubgericht zu Kalbach ist genau geschildert in Thudichum, Rechtsgesch. d. Wetterau 1 41—47. Besonders lehrreich ist das Weistum über den Dompropstei-Hof zu Frankfurt, mitgeteilt von Euler in den Mitteilungen des Vereins f. G. u. A. zu Frankfurt, Bd. 1 1860; desgleichen die Schilderung des Hubgerichts zu Bonames durch Römer-Büchner im Archiv f. Frankfurts Gesch. u. K. 2 167—241 1862.

[2] Über die Landsiedelleihe vgl. Thudichum, F., Gesch. d. Freien Gerichts Kaichen 1857 S. 39—43 und Gesch. d. Deutschen Privatrechts 1896 S. 268, 273.

eine „Beunde" war, für den Herrn unentgeltlich oder auch gegen mäßige Belohnung zu bauen und die Ernte einzufahren.

Die Zwangsmittel waren: Pfändung des Schuldigen an fahrender Habe, vorläufige Entfernung aus Haus und Hof, kurze Einsperrung im Stock und bei dauerndem Ungehorsam völlige Entziehung seiner Rechte.[1] Diese Zwangsmittel durfte der Schultheiß oder Vogt ausüben und zog dabei einige Hofscheffen oder Hausgenossen zu; gerade um von niemandem Hinderung zu erfahren, verliehen die Klöster das Vogtamt häufig Rittern oder sogar Grafen. Die Einsperrung konnte der höfige Mann beendigen, sobald er zu gehorsamen versprach.

Die höfigen Gerichte waren in allen Stücken den Zentgerichten nachgebildet; sie tagten unter freiem Himmel, die Zahl der ungebotenen Dinge betrug meistens 3, wozu dann noch Nachgerichte, Afterdinge kamen. In verschiedenen Weistümern wird als dingpflichtig bezeichnet jeder, der so viel Land vom Herrn hat, daß er einen dreibeinigen, dreispitzigen Stuhl daraufstellen mag, also auch, wer nur $^1/_2$, $^1/_4$, $^1/_8$ Morgen besaß, was ja bei der erlaubten Teilbarkeit oft genug vorkam.[2] Das Ausbleiben beim ungebotenen Ding zog erhebliche Geldstrafe nach sich. Das Urteil wurde von 12 oder 14 Scheffen gefunden, die aber zuweilen die gemeinen Hofleute „in ihren Rat nahmen";[3] die Scheffen wurden aber nicht von den Hausgenossen gewählt, sondern vom Herrn oder seinem Schultheiß aus der Zahl derselben ernannt;[4] ein Recht ihr Urteil umzustoßen, haben sich die Gutsherren, wo die Hofgenossen freie Leute waren, erst in neueren Jahrhunderten hier und da angemaßt.[5]

Es verdienen noch einige Altertümlichkeiten Erwähnung.[6] In sehr vielen Weistümern heißt es: wenn die Hubner zum ungebotnen Ding im Herrnhof erscheinen, muß der Herr dort „ein Feuer ohne Rauch", also ein bloßes Kohlenfeuer in einer Kohlenpfanne herrichten. Ein flackerndes Feuer innerhalb des Herrnhofes wäre für Ställe und

---

[1] Einziehung des Guts zu Händen des Herrn, „zu Frone Handen", GRIMM, W., 1 740, 748, 677, 692, 699; auch Anzeiger für Kunde d. D. Vorzeit 1860 S. 96.

[2] GRIMM, JAK., Rechtsaltertümer 80.

[3] Weistum zu Heimbach von 1601. GRIMM 1 619.

[4] WENCK, Hess. Landesgesch. I. Urkundenb. 202, Jahr 1335.

[5] Der Dompropst zu Basel, der nicht weniger als 15 Dinghöfe hatte, berief die Meier derselben zuweilen in den Propsteihof zu Basel, um als „Oberhof" Recht zu sprechen (GRIMM 1 652); das Domkapitel zu Straßburg ließ 6 von den ältesten Hubnern zu einem Oberhof berufen (1 713), das Kloster Schwarzach hatte mehrere Oberhöfe mit 14 Scheffen (1 736, 737).

[6] J. GRIMM, Weistümer 1 1; 2 287; 3 31, 826. Weist. des Fronhofs zu Frankfurt a. M. ZÖPFL, Altertümer 1 150. Der rote Habicht wird gefordert in einem Weist. bei BURCKHARDT, L. A., Die Hofrödel von Dinghöfen Baselischer Gotteshäuser. Basel 1860 S. 193 § 10.

Scheunen gefährlich gewesen; aber warum überhaupt ein Feuer? Sollte es nur andeuten, daß die Hofsleute versammelt seien wie Mitglieder eines Hauses um den Herd des Hausvaters?, oder wurden ursprünglich an diesen Tagen auch Opfer gebracht. Nach der Germania des Tacitus, Kap. 10, befragte der Hausvater die Vorzeichen, warf die Lose, und bei den Römern wurde auch vor den Hausgöttern, den Penaten, geopfert.

Viele Weistümer fordern, daß der Hofherr für einen Tisch, für weiße, noch ungebrauchte Laken darauf und für weißes Brot sorge; weiße Laken beim Befragen der Götter durch Lose werden schon in Germania Kap. 10 erwähnt. Ferner soll der Herr einen Habicht im Gericht haben, der nach einigen Weistümern rot oder auch rot und einäugig sein muß; hier und da heißt es weiter, die Hofgenossen hätten dem Habicht ein Huhn zu geben, das schwarz sein müsse. Nach Grimm, Gesch. d. D. Sprache 49—52 und Mythol. S. 600, ist unter dem Habicht auch der Falke und Sperber begriffen; er ist ein heiliger Vogel und führt daher auch den Namen Weihe, Wiho, Wio; ferner bemerkt Grimm, Mythol. Nachträge zu S. 132 und 220, daß Ziu als einhändig, Wuotan als „einäugig" bezeichnet wird. Vgl. auch Grimm, Rechtsaltertümer 255, 385.

Die Unterwerfung unter das Höfige Gericht beruhte bei freien Leuten einfach auf Vertrag und war kündbar; die Freien konnten ihr Recht aufsagen, meistenteils auch verkaufen, auch ganz wegziehen, besaßen also das Recht des freien Zugs; bei Liten, Halbunfreien, verhielt sich das anders.

Die Hubgerichte scheinen erst im Mittelalter eingeführt worden zu sein, da ältere Quellen ihrer nicht gedenken.[1]

Eine allgemeine Gerichtsbarkeit über die höfigen Leute kam den Hubgerichten nirgends zu, weder in Schuldsachen, noch gar in Strafsachen, da diese vielmehr vor die allgemeinen Dorf- und Zentgerichte gehörten; es fehlte natürlich nicht an Versuchen der Hofherren zu Übergriffen, aber dieselben sind von den Landesherren stets mit Entschiedenheit zurückgewiesen worden.[2]

---

[1] Waitz, Gg., Verfassungsgeschichte 4 389.

[2] Vgl. Weistum der Grafschaft Assenheim von 1409 bei Grimm, W., 3 452. W. von Zwingenberg, Grimm 1 478 und von Ober-Ramstadt 1 485.

In einigen sehr wenigen Weistümern von Hubgerichten, z. B. dem des Abts von Fulda zu Bonames im Niedgau von 1438, heißt es: „auch soll der Herr des Dinghofs den Hofgenossen halten einen Stock, und Beil, und einen Schlegel, und einen Barten (breites Beil), und eine Schere und einen Besen"; ebenso zu Schweinheim südlich von Frankfurt. F. Scharff, Das Recht in der Dreieich 1868 S. 112, meinte, die Barte sei „zum Enthaupten" bestimmt gewesen; allein das ist völliger Irrtum; ein zweites Weistum von Bonames vom Jahre 1441 erwähnt die Barte gar nicht, sondern spricht nur von Hammer, Klöppel und Schere; den, der wider die

Manche dieser Höfigen Gerichte kamen schon im 15. Jahrhundert außer Gebrauch oder wurden von den Landesherren abgeschafft, weil sie eine solche Gerichtsbarkeit von Privatpersonen nicht gern sahen; noch allgemeiner geschah dies im 16. Jahrhundert, so daß sich nur wenige Dinghöfe bis ins 19. Jahrhundert erhielten.[1]

Die Geschichte der gutsherrlichen Gerichte liefert ebenfalls einen guten Beweis gegen den neuerlich aufgebrachten Lehrsatz, daß sich Grafengewalt und Landeshoheit aus „Grundherrschaft" entwickelt hätten.

## 5.

### Einführung des Christentums. Gründung von Pfarreien. Schottenkirchen. Einteilung der Diözese Mainz in Archidiakonate und Dekanate. Sendgerichte (judicia synodalia). Klostergründungen. Beguinen.

Da vor den Zeiten Karls des Großen ein Zwang zur Annahme des Christentums nicht stattfand, verbreitete sich dasselbe nur nach und nach und fanden Missionare, Bekehrer stets ein großes Feld für ihre Tätigkeit. In der Gegend von Frankfurt und wohl auch in der Wetterau predigte vor 687 der Irländer Kilian (eigentlich Killin oder Kyllena) mit zwei Gefährten und erlitt im Jahre 687 in Würzburg den Märtyrertod. Zu seinen Ehren ist das Dorf Kilianstedten bei Hanau genannt, auch die Kirche St. Kilian zu Höchst an der Nidder geweiht. Von einer Tätigkeit des Bonifatius wird nichts berichtet.

Kirchen und Pfarreien entstanden nur nach und nach, je nachdem wohlhabende Leute die erforderlichen Güter dazu stifteten, da der Zehnte vom Bischof meist zu andern Zwecken verwendet wurde; ihr Alter liegt meist ganz im Dunkeln; Kirchengebäude, deren Baustil über das 12. oder 11. Jahrhundert hinaufreicht, finden sich nicht. Von der zwangsweisen Einpfarrung des ganzen Volks kann vor dem 11. oder 12. Jahrhundert nicht die Rede sein.

---

Freiheit des Dinghofs handelte, solle der Burggraf von Bonames als Schutzherr des Dinghofs „mit Hammer und Klöppel in den Stock schlagen, eine Frau aber mit der Schere scheren". (Römer-Büchner im Archiv f. Frankfurts Geschichte. Neue Folge, 2 218 u. 220). Wenn eine Barte wirklich da sein mußte, so wird sie zum Enthaupten der Hühner gedient haben, die dem Schultheißen abgeliefert werden mußten, da dieser eine große Menge von Hühnern lebendig nicht verwahren konnte. Vielleicht wurden ursprünglich die Hühner zum Teil verspeist. So brachte zu dem Landsiedelgericht zu Sotzbach bei Birstein jeder Landsiedel ein Huhn, die die Landsiedel miteinander aßen. Grimm 3 403 oben.

[1] Über Abschaffung eines Dinghofs in Elsaß im Jahre 1444 vgl. Grimm 5 345; des Hubgerichts zu Kalbach bei Büdingen vor 1579. Thudichum, F., Rechtsgesch. d. Wetterau 1 47.

Die Meinung, daß die Besiedelung des Landes von den ältesten Kirchen (Urkirchen und Urpfarreien) ausgegangen sei, bleibt ein haltloser Traum, da die ganze Wetterau schon in heidnischer Zeit, längst vor Ankunft der Römer, angebaut gewesen ist.

Im 8. und 9. Jahrhundert wurden von Bekehrern aus Irland, damals als Groß- oder Nieder-Schottland bezeichnet, mehrere Kirchen in der Wetterau gegründet, zu Bauernheim, Sterrenbach, in der Mark Lich und im Buchenland (Buchonia) worunter das im Buchenland gelegene Schotten verstanden werden darf. Diese Kirchen wurden im Jahre 810 an das Schottenkloster Hohenau unterhalb Straßburg geschenkt, von dem Abt Beatus daselbst, der sich eine merkwürdige Verfügungsgewalt beilegt, was Verdacht der Fälschung hervorruft. Im Jahre 1015 haben dann zwei aus Schottland stammende Frauen, vielleicht flüchtige Töchter des Königs Brian Boru, in Schotten eine neue Kirche erbaut.[1]

Die ganze Wetterau nebst dem Niedgau gehörte zur Erzdiözese Mainz, ebenso auch der nördlich anschließende Ober-Lahngau, während der Nieder-Lahngau in der Diözese Trier lag. Die Rechte des Archidiakonus über die Wetterau übte nach den etwa im 12. Jahrhundert getroffenen Einrichtungen der Propst des Kollegiatstifts Beatae Mariae virginis ad gradus (St. Marien zu den Greden) in Mainz; unter ihm standen zwei Archipresbyter, Erzpriester, Dekane, zu Friedberg und zu Roßdorf; das Dekanat Friedberg, früher Straßheim bei Friedberg, zählte 80 Pfarrkirchen, und begriff den nördlichen Teil der Wetterau bis tief in den Vogelsberg (Schotten, Hartmannshain); Roßdorf 36 Pfarrkirchen in der südlichen Wetterau, im Niedgau und weiterhin im Wassergebiet der Kinzig bis zum Main.

Seit Anfang des 12. Jahrhunderts, schwerlich früher,[2] wurden auf päpstliche Anordnung die Sendgerichte, judicia synodalia, eingeführt, hauptsächlich zu dem Zweck, Häretiker (Ketzer) aufzuspüren, auch sonst das Volk die Macht des Klerus fühlen zu lassen. Zwei- oder dreimal bereiste der Archidiakon seinen Bezirk, ließ aus einigen Dörfern das ganze Volk, Männer und Weiber, alles, was über 12 oder 14 Jahre alt war, an einem bestimmten Ort zusammenkommen, zwang den Dorfvorsteher und andere Personen, diejenigen anzugeben, die sich gegen kirchliche Ordnungen vergangen hatten, und setzte diesen nach stattgehabter Untersuchung Strafen an, meist Geldbußen, die

[1] Sehr annehmbare Beweisgründe hierfür gab schon Decker im Archiv 7 545—551 1853. Vgl. auch Dieffenbach im Archiv Bd. 4 u. 5. Eine umfassende gelehrte Ausführung Pfarrer Heber, Die 9 vormaligen Schottenkirchen in Mainz und in Oberhessen (Archiv 9 193—348).

[2] Urkundliche Erwähnung geschieht des vom Archipresbyter des Dekanats Friedberg zu Södel abzuhaltenden Synodus in einer Urkunde des Erzbischofs Heinrich von Mainz aus dem Jahre 1149 bei Gudenus 1 192.

der Archidiakonus in seinen Sack steckte, aber auch schimpfliche Strafen für die Zahlungsunfähigen, wie Rutenstreichen, Abscheren der Haare, Abschneiden der Röcke.[1] Die Gemeinden mußten dem Archidiakon und den ihn begleitenden Priestern und Dienern nebst ihren Pferden Nachtlager und Atzung reichen. Wahrlich, diese Archidiakonen konnten sich so als die wahren Herren des Volks aufspielen und es zur vollen Unterwürfigkeit erziehen.

Im Dekanat Friedberg gab es 47 solcher Sendbezirke, im Dekanat Rostorf 31.[2] Wenn man bedenkt, daß das Volk, wenigstens die Männer, auch dreimal im Jahr zu den öffentlichen Gerichtsversammlungen und Märkerdingen erscheinen mußten, läßt sich denken, welche Belästigung diese Sendgerichte schon in dieser Hinsicht enthielten.

Schon frühe erlangte eine Reihe auswärtiger Klöster durch Schenkungen der Könige, Grafen und reichen Leute ausgedehnten Grundbesitz in der Wetterau: Lorsch, Fulda, Hersfeld, Haina, Seligenstadt, Limburg an der Haardt, St. Michael zu Bamberg, St. Albansstift zu Mainz, Eberbach, sogar das entfernte Kaiserswert; ebenso aber die Bischöfe von Mainz und Würzburg. Einen bedeutenden Teil dieser Güter sowie der Zehnten reichten Klöster und Bischöfe seit dem 11. Jahrhundert ihren Kriegsdienstmannen, Ministeriales, welche sie zur Verteidigung ihrer vielen Burgen annahmen, und die sie auch den Kaisern für ihre Romzüge zu stellen hatten.

Im 12. Jahrhundert begannen auch in der Wetterau Klostergründungen, und glaubten Edelherren, Ritter, Bürger und Bauern nichts Besseres für ihre und ihrer Vorfahren schnellere Befreiung aus dem Fegfeuer tun zu können, als wenn sie diesen Klöstern reiche Geschenke machten, und die Mönche oder Nonnen für sich Gebete zum Himmel schicken ließen. In ganz kurzer Zeit gelangten diese Klöster zu außerordentlichem Reichtum an Grundstücken, Grundzinsen und Zehnten und verschluckten dann bald auch viele Pfarreien mit ihrem Gut. Die Gründungen sind:

Klöster.

1035 Naumburg (Benediktiner) Mannskloster.
1123 Ilbenstadt, Prämonstratenser-Chorherren,
1166 auch Prämonstratenser-Schwestern.
1151 Arnsburg, Zisterzienser-Mannskloster.
1191 Konradsdorf, Prämonstratenser-Mönche, seit 1270 in ein Nonnenkloster verwandelt.
1243 Thron, Zisterzienser-Schwestern.
1264—1275 Marienborn, anfänglich Haag, Zisterzienser-Schwestern.
1268 Engeltal, Zisterzienser-Schwestern.

[1] Thudichum, F., Papsttum und Reformation im Mittelalter S. 41—42 1903.
[2] Würdtwein, St. Alex., Dioecesis Moguntina 3 9—13 u. 23—118 1777.

1305 Gelnhausen (Himmelau) Schwestern vom Orden der h. Klara.
1332 Marienschloß (Rockenberg), Zisterzienser-Schwestern.

Kollegiat-Stifter.

1164 Mockstadt.
1317 Lich.

Ritter-Ordens-Häuser.

1187 Nidda, Johanniter.
1257 Rüdigheim, Johanniter.
1266 Nieder-Weisel, Deutsch-Orden.

Klöster von Bettelorden.

1235 Roßdorf bei Windecken, Antoniter.
1248 Gelnhausen, Franziskaner.
1270 Friedberg, Augustiner-Eremiten.
1293 Friedberg, Franziskaner.
1431 Hirzenhain, Augustiner, regulierte Chorherrn.

Dominikaner-Niederlassungen gab es nirgends. (!)

Berufsmäßige Kranken- und Armenpflegerinnen, Beguinen oder Beckinen, werden sich im 13. Jahrhundert ohne Zweifel an gar manchen Orten gefunden haben; seitdem aber Papst Klemens V. 1311 sie als Ketzer in den Bann getan hatte, traten sie äußerlich wenig mehr hervor. Doch in der Stadt Minzenberg gab es noch 1345 eine mutige Frau, die dem päpstlichen Bann offen trotzte.[1] Sobald Fulrad, der Erzpriester des Dekanats Friedberg, davon erfuhr, begab er sich nach Minzenberg und ließ die Beguine vor sich fordern, um sie in Gegenwart noch anderer Priester zu verhören. Sie erschien in der Pykarden- und Beckinenkleidung, welche längst vom Papst verboten war, und gestand, daß sie diese Kleidung ungeachtet dieses Verbotes bisher unverändert beibehalten habe und sie auch in keinem Fall ablegen wolle, auch wenn sie darum verbrannt werden sollte. Sie gestand ferner, daß sie andere Weiber und Mädchen zum Tragen derselben Kleidung angereizt habe, und sagte, es sei das ein Kleid der Keuschheit, und ohne dieses, nämlich grau und weißes Tuch, könne niemand das Gelübde der Enthaltsamkeit halten. Desgleichen gestand sie, daß sie in der Kirche solchen Mädchen die Haare abgeschnitten und sie durch verschiedene Lehren zu solchem Gebrauch und zur Anlegung solcher Tracht unterrichtet habe. Auf Befragen, in welcher Absicht und auf wessen Ansehen hin sie das tue, und woher sie es habe, sagte sie: sie habe es von Gott. – Später erklärte sie Buße tun und gehorsam sein zu wollen, tat es aber doch nicht. Der Erzpriester schickte das Protokoll dann nach Mainz zur weiteren Verfügung.

Über sonstige Ketzerverfolgungen liegen bis jetzt keine Nachrichten vor.

[1] Crecelius in Briegers Zeitschrift f. Kirchengeschichte 4 334 1881.

## 6.

**Schenkung von Gerichten an Kirchen, Klöster und Bischöfe, und Befreiung derselben von der Grafengewalt. Zerreissung der Zenten durch Ausartung des Erbrechts. Verderbliche Vermehrung der Edelherren und der Kriegsdienstmannen (Ministeriales).**

Die ersten Lücken in der alten Grafschaft Wetterau entstanden durch Schenkungen der Kaiser an Kirchen. Vermutlich Kaiser Heinrich II. 1002—1024 oder Konrad II. 1024—1039, schenkte das aus sehr vielen Dörfern bestehende Landgericht (Zent) Bingenheim an das Kloster Fulda, Heinrich II. die Dörfer Ostheim und Tezelnheim (später Windecken genannt) an das von ihm gegründete Bistum Bamberg, Konrad II. im Jahre 1035 das Dorf Eichen an das Kloster Limburg an der Haardt. Die Abtei Hersfeld soll die Dörfer Laubach, Hungen, Langsdorf, Nonnenrod und Villingen erlangt haben. Die Handhabung der hohen Gerichtsbarkeit mußten diese Kirchen an ihre Schirmvögte, Advocati, überlassen, deren Amt schnell erblich wurde.

Ein anderer noch schlimmerer Grund der Auflösung der alten Verhältnisse war folgender. Obwohl nach Reichsrecht sowohl Fürstentümer als Grafschaften rechtlich unteilbar waren, so riß doch seit dem 11. Jahrhundert die Vorstellung ein, daß nachgebornen Söhnen auch etwas von der väterlichen Herrschaft gebühre, und es begannen die rheinischen Pfalzgrafen so wie auch andere Herzoge solchen Söhnen eine Burg mit einem kleinen Gerichtsbezirk und nutzbaren Gütern zum Genuß zu überweisen, als erbliches Lehen des Fürstentums, also unter einer gewissen, freilich höchst lockeren Obergewalt des Pfalzgrafen;[1] die Grafen der Wetterau werden es ebenso gemacht haben. Vielleicht geschah dergleichen auch durch Verfügungen der Kaiser.

Diese Nachgebornen erhielten nicht den Fürsten- oder Grafentitel ihres Hauses, hießen also nicht Pfalzgrafen, Herzoge, Landgrafen, Grafen von NN., sondern durften sich nur nach der ihnen überwiesenen Burg nennen, und als „Herren", domini, barones, „freie Herren", liberi domini, „Edle", nobiles, bezeichnen. Vermöge ihrer Abstammung gehörten sie zum Stand der Fürsten und Grafen, waren diesen ebenbürtig und streng von den ritterlichen Dienstmannen, den Ministeriales, geschieden.[2] Wie im ganzen Südwesten von Deutschland wimmelte

[1] Unter solche nachgeborne Söhne der Pfalzgrafen sind zu rechnen: die Herren von Bolanden (Kirchheimbolanden) und von Falkenstein, die am Donnersberg und bald auch am Taunus auftreten.

[2] Vgl. hierüber Thudichum, F., Gesch. d. Deutschen Privatrechts 1894 S. 162 bis 188; ferner Thudichum, Besprechung von Jul. Fickers Buch „Vom Reichsfürstenstand 1861", in von Sybels Histor. Zeitschrift VII, 1 453—463 1862, wo Fickers Aufstellungen berichtigt werden.

es auch in der Wetterau schon im 12. und 13. Jahrhundert von solchen Edelherren.

Einige Schriftsteller des 18. Jahrhunderts, denen viele neuere folgten, Liebhaber von Fremdworten, haben für diesen Stand statt der urkundenmäßigen Bezeichnungen den griechischen Namen „Dynasten" aufgebracht, weil sie den Ursprung derselben verkannten, und sind infolge dieses Mißverstands darauf verfallen, sie als „Grundherren", d. h. als privatrechtliche Eigentümer ihrer Gerichtsbezirke anzusehen; es beruht das aber auf Unkenntnis der tatsächlichen geschichtlichen Verhältnisse. (Vgl. schon oben S. 21—22.)

Später artete dann die geschilderte Teilungsschwachheit aus in Berufung aller Brüder zur gemeinschaftlichen Regierung des Landes, zur völligen Aufteilung desselben und der Berufung auch von Töchtern zur Erbfolge. Die meisten Zenten oder Landgerichte wurden hierdurch zerrissen und Zwergherrschaften geschaffen.

Übrigens traten auch viele nachgeborne Söhne in den geistlichen Stand und erlangten einträgliche Domherrn-Pfründen an bischöflichen und erzbischöflichen Domen, und Töchter nahmen den Schleier; als Kleriker und Religiosen hatten sie keine Erbrechte.

Diese ganze Entwicklung hing zusammen mit dem gänzlichen Verfall der alten Kriegsverfassung. Während früher nur dem Kaiser das Recht zustand Krieg zu führen, berufsmäßige Kriegs-Dienstmannen, Ministeriales, Vasallen, zu haben und das ganze Volk zum Kriegsdienst aufzubieten (Heerbann), die Herzoge und Grafen aber lediglich Beamte des Kaisers waren, übten seit dem 11. Jahrhundert diese erblich gewordenen Beamten das Kriegsrecht nach ihrem Gefallen, erbauten zahlreiche kleine Festungen, Burgen, deren Verteidigung dem jetzt ebenfalls erblich werdenden Stand der Ministerialen aufgetragen wurde; der Krieg wurde wesentlich ein Festungskrieg; offene Feldschlachten kamen selten vor, die Masse des Volks wurde nirgends mehr zur Kriegsführung herangezogen. Geradeso wie der Kaiser, die Fürsten und Grafen, so wußten auch die Edelherren nichts besseres zu tun, als Burgen zu bauen und Dienstmannen mit Landgütern und Zehnten erblich zu belehnen, und so einen großen Teil ihrer Einkünfte zu verzehren. Die natürliche Folge davon war, daß ihr Streben darauf ging, sich an den armen Bauern zu erholen, ihnen Steuern und Frondienste aufzulegen, ihnen Teile ihrer Almenden gewaltsam wegzunehmen, und ausschließliche Verkaufsrechte z. B. von sogenanntem Bannwein, und das Recht mit Schafherden die Bauerngüter beweiden zu lassen und dergleichen mehr anzusprechen. Die Belastung der Bauern wirkte um so empfindlicher, als die Güter der Kirchen, Klöster und geistlichen Ritterorden steuerfrei waren, ebenso auch alles dasjenige, was ritterliche Dienstmannen vom Reich für ihre Dienste zu Lehen trugen. In verschiedenen Urkunden ist von

„altem freien Rittergut" die Rede; doch fehlt nähere Aufklärung; die Landesherren erteilten auch zuweilen ihren Dienstmannen Steuerfreiheit für ihre Lehnsgüter, nicht für ihren Privatbesitz.

Nach den Burgen von Edelherren nannten sich übrigens auch gar nicht selten ritterliche Dienstmannen der Edelherren, natürlich mit deren Einwilligung; z. B. Ritter von Büdingen, Epstein, von Katzenelnbogen, Kleeberg usw.; man wird wohl nicht irregehen mit der Annahme, daß das unebenbürtige oder uneheliche Söhne der betreffenden Edelherren gewesen sind.

Verzeichnisse der in der Wetterau angesessenen Rittergeschlechter sind bis jetzt nicht getrennt aufgestellt, auch nicht die Familien ermittelt, welche sich bei der Eroberung des Deutschordens-Lands Preußen beteiligt haben oder später dorthin gezogen sind.[1]

## 7.

### Die Edelherrengeschlechter der Wetterau.

Nach dem Erlöschen des Mannsstamms der Grafen von Nurings, 1170 gingen die Grafenrechte in der westlichen Wetterau an die Herren von Minzenberg über, nach deren Aussterben 1255 zum größeren Teil an die Herren von Falkenstein, mit deren Erlöschen 1418 zu $^1/_8$ an die Herren von Eppenstein, zu $^2/_8$ an andere Erben. Als dann 1535 die Eppensteiner erloschen, folgten die Grafen von Stolberg, später aber 1581 in einem Teil ihres Nachlasses Kurmainz. Diese ewigen Erbteilungen führten zur Zerreißung der meisten Untergaue und zu vielen gemeinschaftlichen Regierungen in Untergauen, Stücken derselben und einzelnen Dörfern.

I. Die Herren von Minzenberg sind ein Zweig der Edelherren von Hagen, Hain, Dreieichen-Hain, südlich von Frankfurt.[2] Ein Eberhard von Hagen heiratete Gertrude, die Erbtochter des letzten, schon vor 1093 verstorbenen Kuno Herrn von Arnsburg und nannte sich fortan öfters Herr von Hagen und von Arnsburg. Was den Herrschaftsbesitz der Herren von Arnsburg ausmachte und an Eberhard von Hagen kam, ist unbekannt. Eberhards Sohn Konrad stiftete in der Nähe seiner Burg Arnsburg in einem alten Römerkastell, Aldenburg genannt, im Jahre 1151 ein Kloster. Einige Zeit darauf erbaute er auf dem Berge Minzenberg eine Burg und nahm nun den Namen Herr von Minzenberg an; sein Sohn Kuno I. überließ die

[1] Ein Verzeichnis von 171 Rittergeschlechtern, welche innerhalb der jetzigen Großherzoglich Hessischen Provinz Oberhessen angesiedelt waren, gibt Wagner im Archiv 6 267—273, 295—338 und Archiv 7 431—487.

[2] Über die Herren von Hagen siehe Scriba im Archiv 6 275—286. Über die Herren von Minzenberg: Eigenbrodt im Archiv 1 6—21 1835.

Burg Arnsburg, welche weit geräumiger war als die Aldenburg, Mönchen zum Sitz.

Dieser Kuno I. hat, wie man mit Grund vermutet, eine Tochter des Grafen Gerhard von Nurings, namens Lukard, geheiratet und dadurch, als Gerhard im Jahre 1170 ohne männliche Nachkommen starb, das Schloß Königstein am vorderen Taunus mit zugehörigen Gerichten erworben, darunter wahrscheinlich auch die Grafschaften Münzenberg und Assenheim.

Die Herren von Minzenberg standen bei Kaiser Friedrich I. in großer Gunst und erhielten von ihm das Amt eines Reichs-Erbkämmerers (Reichs-Erzkämmerer waren seit 1152 die Markgrafen von Brandenburg); sie hießen daher „Dienstmannen des Reichs", gehörten aber zum Stand der Herren oder Edelherren.[1] Ihre Burg Minzenberg erweiterten sie noch im 12. Jahrhundert zu einem glanzvollen Palast, der dem Gelnhäuser Kaiserpalast nichts nachgab, woraus man auf große Einkünfte aus ihren Herrschaften, etwa auch aus Gnadenerweisungen des Kaisers schließen darf.

Kuno I. ging seit 1208 zur Partei des Gegenkönigs Otto IV. über; er starb 1212 und hinterließ einen Sohn Kuno II., der noch 1239 lebte und zwei Söhne hatte, Kuno III. und Ulrich I. Im Jahre 1239 ließen diese durch Schiedsleute entscheiden, welche Besitzungen jedem von beiden und welche ihrem noch lebenden Vater zustehn sollen.[2] Kuno III. starb in unbekanntem Jahr kinderlos. Ulrich I. war zweimal verheiratet, mit Adelheid von Hagen und mit Adelheid, Gräfin von Ziegenhain und hinterließ bei seinem Tod im Jahr (?) einen Sohn Ulrich II. und 6 Töchter; alle Minzenbergischen Besitzungen gingen auf diesen Ulrich II. über.

Im Jahre 1255 starb Ulrich II. und es erlosch mit ihm der Mannsstamm des Minzenbergischen Hauses; er hinterließ auch keine Töchter, sondern nur die erwähnten sechs Schwestern, von welchen fünf an Edelherren verheiratet waren; nämlich:

1. Adelheid, älteste Schwester aus einer früheren Ehe Ulrichs I. (erste Stiefschwester), verheiratet an Reinhard Herrn von Hagenau (Hanau);
2. Isengard, verheiratet an Philipp I. von Falkenstein;
3. Elisabeth, verheiratet an Engelhard von Weinsberg;
4. Helwig (oder Hedwig ?), verheiratet an einen Herrn von Pappenheim;
5. Agnes, verheiratet an einen Herrn von Schonenberg.

[1] Urk. von 1168. Mon Boica 29 1 No. 516: Cuno camerarius de Minzeberg; Urk. von 1174 bei Gudenus 1 263: Dominus Cuno de Minzenberch, vir nobilis ministerialis imperii. Vgl. auch Eigenbrodt im Archiv 1 10—11.

[2] Urk. vom Juni 1239, im Archiv 8 230—233.

Die jüngste, Lukard, blieb unvermählt und war Äbtissin des Klosters Padenhausen. Da nach damaligem Lehnrecht Schwestern noch weniger Erbrechte an Lehen besaßen als Töchter, so fielen alle von den Pfalzgrafen am Rhein lehnbaren Minzenbergischen Gerichte in der Wetterau an den Lehnsherrn zurück.

II. Die Herren von Falkenstein.[1] Diese waren, wie schon früher bemerkt, nachgeborne Söhne aus dem Hause der Pfalzgrafen vom Rhein und mit Burgen und Herrschaften um den Donnersberg ausgestattet. Im Mai 1256 reichte Pfalzgraf Ludwig dem Philipp von Falkenstein, dessen Sohn Philipp, und den Brüdern Engelhard und Konrad, Herrn von Weinsberg, samt deren rechtsmäßigen Lehnserben zu erblichem Lehen: „die Grafschaft der Wetterau, welche mit dem Tode Ulrichs, edlen Herrn von Minzenberg uns erledigt worden ist"[2], worunter eben aller Wahrscheinlichkeit nach die Gerichte Minzenberg und Assenheim zu verstehen sind. Zwei Schwäger, die Herren von Pappenheim und von Schonenberg gaben sich mit einer von den Belehnten bezahlten Geldsumme zufrieden, dagegen forderte Reinhard von Hanau (mit Unrecht) 1/6 der Erbschaft, und erreichte nach langen Verhandlungen eine Beteiligung von Bedeutung, nämlich 1/6 an den Burgen und Städten Minzenberg und Assenheim und an kleineren Besitzungen, sodann die Burg und das Gericht Babenhausen und anderes im Maingau.

Philipp hatte sich auf die Seite des Gegenkönigs Richard (1257 bis 1272) gestellt, wurde von diesem im Jahre 1257 mit dem Reichs-Erbkämmereramt beliehen und 1259 auch zum kaiserlichen Landvogt über die Wetterau bestellt. Er wird bis 1271 als solcher erwähnt.

Zwanzig Jahre später, nach dem Tode Reinhards, wurde seinen mit der Adelheid von Minzenberg erzeugten Kindern von unbekannter Seite, vielleicht von Kurmainz, die Ebenbürtigkeit bestritten, weil Adelheids Vater, Ulrich I. nur von Dienstmannenstand, nicht vom Stand der Edlen und Freien gewesen sei, was, wie schon oben bemerkt, gänzlich unrichtig war; um aber solche Anfechtungen ein für allemal niederzuschlagen, erklärte Kaiser Rudolf von Habsburg im Jahre 1273 die Adelheid und ihre Söhne für Edle und Freie von bei-

[1] Eigenbrodt im Archiv 1 2 – 6 u. 13—84. Literaturangaben S. 2. Stammtafel zu S. 84. S. 85—87 eine Urkunde. Viele Urkunden bei Gudenus, Cod. dipl. 5 754 ff. Scriba im Archiv 7 368 (eine Berichtigung). Scriba im Archiv 8 225—260 1855 mit 32 Urkunden. Das Cartular (Kopialbuch) der Herren von Falkenstein mit Urkunden von 947—1450 befindet sich im Würzburger Kreisarchiv, wohin es freilich nicht gehört. Regesten daraus fertigte W. Sauer, Staatsarchivar in Wiesbaden. Gebhardi, L. Alb., Genealogische Geschichte der erbl. Reichsstände in Deutschland 1 597—712 1776.

[2] Comiciam Wedrebiae, quae de morte Ulrici nobilis viri de Mintzenberg nobis vacare coepit. Thudichum, Gesch. d. Freien Gerichts Kaichen S. 24.

den Eltern her und für befreit an jeder Dienstbarkeit der Dienstmannen.[1]

Unter den Nachkommen Philipps von Falkenstein begann eine greuliche Zerreißung der alten Gerichte; namentlich wurde das Landgericht Minzenberg in viele kleine Stücke zerteilt und diese verpfändet, verliehen und niemals wieder verbunden. Philipp VII. war im Jahr 1397 von Kaiser Wenzel in den Reichsgrafenstand erhoben worden. Mit dem kinderlosen Tode seines Vetters Philipps VIII. 1407 wurde er Inhaber aller Falkensteinischen Herrschaften, die damit sämtlich aus der Lehnsabhängigkeit von der Kurpfalz heraustraten.

Als Philipp VII. 1410 kinderlos starb, und keine weltlichen Glieder des Mannsstamms mehr übrig waren, ergriff Werner III. von Falkenstein, 1389—1418 Erzbischof von Trier, Besitz von allen Falkensteinischen Besitzungen, deren „Verwaltung" ihm schon von seinem Vetter Philipp VII. übertragen worden war, und nannte sich Regierungsvormund (Mumpar) über dieselben, da ihm als Kleriker keine Erbrechte zukamen. Er wußte auch alle Ansprüche der vielen Miterben hintanzuhalten. Als er am 4. Oktober 1418 starb, kamen die Miterben 1419 zu Butsbach zusammen und schlossen einen Vertrag über die Verteilung der Falkensteinischen Herrschaften. Es wurden drei Teile gemacht und diese verlost; $^1/_8$ fiel den Herren von Eppenstein zu, $^7/_8$ den übrigen Erben, nämlich der Gräfin Anna von Sayn, Diether von Isenburg, den Grafen von Solms und dem Grafen Ruprecht von Virneburg, die im Jahre 1420 eine Teilung unter sich vereinbarten.[2]

III. Die Herren von Eppenstein oder Epstein, deren Burg noch jetzt auf steilem Felsen über dem Lorsbacher Tal im vorderen Taunus zu sehen ist, treten zuerst im Jahre 1122 mit einem Udalrikus von Eppenstein hervor[3] und seit Gottfried I., seit etwa 1172, ist die Stammtafel derselben bekannt.[4] Die ursprünglichen Besitzungen des Geschlechts lagen zwischen Taunus und Main, erstreckten sich aber allmählich auch über Teile der Wetterau und des Maingaus. Das Haus nahm einen bedeutenden Aufschwung dadurch, daß Mitglieder

[1] Urk. bei Lünig, Reichs-Archiv XI 519. Vgl. auch Eichhorn, K. F., Deutsche Staats- u. Rechtsgesch. 1843, 2 586—588.

[2] Eigenbrodt im Archiv 1 66—79.

[3] Würdtwein, Dioecesis Moguntina 1 477.

[4] Eine Stammtafel gibt Eigenbrodt im Archiv 1 am Schluß, ebenso eine gute Übersicht über die Geschichte des Geschlechts S. 497—540 1837. Auch Vogel, C. D., Beschreibung d. Herzogtums Nassau 1843 S. 231—239. Weitere Literatur bei Sauer, Nassauisches Urk. Buch. 1. Vorrede S. 23 1884. Die Urkunden der Eppensteiner befinden sich im Staatsarchiv zu Darmstadt.

desselben fast im ganzen 13. Jahrhundert den erzbischöflichen Stuhl von Mainz einnahmen, nämlich

| | |
|---|---|
| 1201—1230 Siefried II. | 1260—1284 Werner. |
| 1230—1249 Siefried III. | 1288—1304 Gerhard. |

Bei Kaiserwahlen konnten diese Mainzer Kurfürsten sich sowohl für die Mainzer Kirche als auch für ihr Geschlecht Gnadenbewilligungen aushalten, und es ist dies namentlich durch Siefried III. geschehen, der die Wahl der Gegenkönige gegen Friedrich II., 1246 Heinrich Raspes von Thüringen und 1247 des Grafen Wilhelm von Holland zuwege brachte; auch die weltlichen Eppensteiner ergriffen für die Gegenkönige Partei.[1] Durch Heirat erhielten die Eppensteiner 1327 Anteil an der Breubergischen Herrschaft. Eberhard I., der seit 1357—1391 alle Eppensteinischen Herrschaften in seiner Hand vereinigte, machte sich im Jahre 1384 zum Vasallen des Königs Karl V. von Frankreich und trug diesem seine Burgen, befestigten Städte und Herrschaften Eppenstein, Ortenberg, Breuberg, Homburg, Kleeberg „und viele andere auf 16 Meilen um Frankfurt gelegenen Burgen und Orte" zu Lehen auf und versprach ihm eidlich, dem König in allen dessen Kriegen 100 Bewaffnete zuzuführen; dafür erhielt er auf Lebenszeit eine jährliche Pension von 1000 Pfund Turnosen.[2] Es ist bemerkenswert, daß ein solcher Reichsverrat ungestraft hinging.

Durch Heirat mit Lukard, Tochter des Philipp VI. von Falkenstein nahmen die Eppensteiner 1418 teil an der Falkensteinischen Erbschaft; im Jahre 1433 teilten die zwei Söhne Eberhards I. die Besitzungen, und es entstanden so zwei Linien: Eppenstein-Münzenberg und Eppenstein-Königstein; die erstere starb 1522 aus, die letztere 1535, nachdem der letzte des Mannsstamms, Eberhard IV. noch im Jahre 1505 von Maximilian I. in den Reichsgrafenstand erhoben worden war.

Auf Grund eines vom Kaiser bestätigten Testaments Eberhards IV. ging der ganze damalige Besitz der Eppensteiner ungeteilt an den Sohn der Erbtochter Anna, den Grafen Ludwig von Stolberg über; als dann diese Linie der Grafen von Stolberg 1581 ausstarb, ergriff Kurmainz von dem größten Teil der Eppenstein-Königsteinischen Herrschaften Besitz, in welchen darauf die katholische Religion wieder hergestellt wurde; die andern Linien Stolberg behielten nur kleinere Stücke.

IV. Im südlichsten Teil der Wetterau traten im 12. Jahrhundert Edelherren hervor, die nach drei nicht weit voneinander gelegenen Burgen genannt sind, Herren von Hagenowa, Hanau am Main, von Buchen, Wachen-Buchen, und von Dorfelden, Nieder-Dorfelden an der Nidder. Aller Wahrscheinlichkeit nach waren das

[1] Eigenbrodt im Archiv 1 516—517.

[2] Senckenberg, H. Chr., Prodromus juris feudalis 1734 S. 156 4°.

untereinander verwandte Herren; ihre weitere Abstammung bleibt dunkel, führt vielleicht auf den Edelherrn von Eppenstein.[1] Seit 1243 kommen Herren von Buchen und von Dorfelden nicht mehr vor. Die Herren von Hanau, anfänglich ohne Bedeutung, kamen 1255 zu erklecklichem Besitz durch Heirat mit einer Tochter des letzten Herrn von Münzenberg, durch Beerbung von Linien der Grafen von Rieneck und anderer Herren, und durch kaiserliche Gnadenerweise; sie wurden 1429 in den Stand von Reichsgrafen erhoben, brachten es zu einem Länderbesitz, der einem Fürstentum nichts nachgab, starben 1736 aus und wurden in der Wetterau von Hessen-Kassel beerbt.

V. Im Osten der Wetterau, in Strichen, welche erst seit dem 11. Jahrhundert angerodet worden sind, nicht zur alten Wetterau gehörten und nicht der Pfalzgrafschaft am Rhein, sondern vom Reich zu Lehen gingen, werden 1131 und 1145 urkundlich genannt: Gerlach und sein Bruder Ortwin von Büdingen,[2] seit 1166 ein Hartmann von Büdingen, der unter Kaiser Friedrich I. eine Rolle spielte und 1200—1247 Gerlach II. von Büdingen. Die Burg Büdingen zeigt alte Teile, die in den Anfang des 12. Jahrhunderts reichen, auch noch älter sein können.

Im Jahre 1166 wird ferner genannt Werner von Ortenberg,[3] 1176 Heinrich von Ortenberg;[4] die Burg Ortenberg war also damals ebenfalls erbaut.

Welchem Stamm diese Edelherren-Geschlechter angehört haben, ist dunkel; möglich, daß sie beide von den Edelherren von Isenburg abstammten, welche sich nach der Burg Isenburg nannten, die unweit Neuwied am Zusammenfluß des Isenbaches und des Saynbaches, zwei Stunden vom Rheinstrom entfernt, erbaut war.[5] Der Mannsstamm der Edelherren von Büdingen starb 1247 aus, und es erbten fünf Tochtermänner, darunter Ludwig von Isenburg und ein Herr von Kempenich, ebenfalls dem Isenburgischen Geschlecht angehörig.[6] Fortan gehören die Herren von Isenburg und Büdingen mit zu den bedeutendsten Herren in der Wetterau und im Kinziggau; auch im Gericht Staden bekleideten Herren von Isenburg-Limburg, genannt nach der Burg Limburg an der Lahn, bis 1405 das Amt der Kirchenvogtei, welches vom Kloster Fulda zu Lehen ging.

---

[1] Abstammung von den Eppensteinern vertritt Archivdirektor Freiherr Dr. von Schenk zu Schweinsberg.

[2] Gudenus, Cod. dipl. 1 100 u. 169.

[3] Gudenus, Sylloge S. 582. [4] Wenck, Hess. L. G. 1 291.

[5] Simon, Gust., Gesch. d. Hauses Isenburg u. Büdingen 2 70 1865. Die Vermutungen Simons 2 1—6, 22, 30 über Grafen von Gelnhausen und Selbold als Ahnen der Herren von Büdingen beruhen auf verdächtigen Urkunden und irrigen Voraussetzungen. „Erbliche" Burggrafen von Gelnhausen hat es im 12. Jahrh. nicht gegeben. [6] Simon 2 27.

Im Jahre 1442 wurden die Herren von Isenburg und Büdingen in den Grafenstand erhoben.

Von den Edelherren, die nur kürzere Zeit und nur in geringerem Umfang an Wetterauischen Herrschaften Anteil hatten, sind zu nennen: die Herren von Kleberg, genannt nach der Burg Kleberg westlich von Butzbach, im Nieder-Lahngau gelegen, ausgestorben um 1219; die Herren von Merenberg, Besitzer der Burg Merenberg bei Weilburg an der Lahn, ausgestorben 1328;[1] von Brauneck, Besitzer der Burg Brauneck bei Reinsbronn, Oberamt Mergentheim, ausgestorben 1434, von Kälberau, genannt nach ihrer am vorderen Spessart gelegenen Burg, ausgestorben um 1400;[2] von Kronenberg, genannt nach der Burg Kronberg am vorderen Taunus, im 14. und 15. Jahrhundert, allerdings meist vorübergehend, beteiligt an verschiedenen Gerichten, mit Edelherren vielfach verschwägert und ganz ohne Zweifel zum Herrenstand gehörig, ausgestorben 1704; Herren von Breuberg, Bruberg, genannt nach der Burg Breuberg an der Mümling im nördlichen Odenwald; sie waren im 13. und 14. Jahrhundert beteiligt bei den Gerichten Ortenberg, Schotten, Büdingen, Grinda, und starben 1323 und 1327 aus.[3] Die Herren von Trimberg, genannt nach der Burg Trimberg an der fränkischen Saale unterhalb Kissingen; sie waren im 13. und 14. Jahrhundert Teilhaber der Gerichte Ortenberg, Büdingen und anderer, starben um 1376 aus.[4] Herren von Liesberg, Liebesberg, Besitzer der Burg und des Gerichts Lisberg an der Nidder, oberhalb Ortenberg, seit 1222 vorkommend, um 1395 ausgestorben.[5]

## 8.

### Verleihung von Stadtverfassung an Frankfurt, Gelnhausen, Friedberg und Wetzlar durch die hohenstaufischen Kaiser. Gründung zahlreicher Landstädte.

Die drei Kaiser aus dem Hause der Hohenstaufen, Friedrich I., Barbarossa, 1152—1190, Heinrich VI. 1190—1197 und Friedrich II. 1212—1250 hielten sich einen großen Teil ihres Lebens außerhalb

[1] Vogel, C. D., Beschreibung d. Herzogt. Nassau 1843 gibt Nachrichten über die Herren von Kleeberg S. 262—263; von Merenberg S. 246—249; von Kronberg S. 271—275.

[2] Schenk zu Schweinsberg, Dr. Gustav Freih., in den Mitteilungen des Hanauer Bezirksvereins 1876 S. 24.

[3] Eigenbrodt im Archiv 1 458—486. Simon, Gust. 2 54—68 mit Stammbaum.

[4] Einen Stammbaum der Herren von Trimberg gibt Simon 2 53. Vgl. Schulthes, Neue diplomatische Beiträge. I. Bayreuth 1792: Diplomatische Geschichte der Reichsdynasten von Trimberg. Mit Urkunden. Vgl. auch Eigenbrodt im Archiv 1 487—496.

[5] Landau, Gg., Die Hessischen Ritterburgen 2 59—94 1833 mit einer Stammtafel, unvollständig; genauer Simon, Gust. 2 9—21 1865.

Deutschlands auf, gingen auf Vermehrung ihrer Hausmacht in Burgund und Italien aus, führten zu diesem Zweck viele unglückliche Kriege, steigerten dadurch die Macht des Papstes und der geistlichen Fürsten, dann auch der weltlichen Fürsten in Deutschland zum Nachteil der Reichsgewalt und des deutschen Volks. Einen wichtigen Fortschritt aber verdankt man ihnen: die Gründung von Städten, in welchen sich ein freies Bürgertum entwickeln konnte und den Anstoß zur Gründung von zahlreichen Landstädten. Friedrich I. rief die vier Reichsstädte Frankfurt a. M., Gelnhausen, Friedberg und Wetzlar ins Leben, welche in der Folge als die vier Wetterauischen Reichsstädte bezeichnet wurden, und nach und nach unter den folgenden Kaisern weitere Freiheiten und eine allgemeinere Bedeutung erlangten.

Frankfurt wird schon im Jahre 994 als Castellum bezeichnet, war also in irgend einer Weise befestigt, und in nächster Nähe auf einer Insel des Niddaflusses erhob sich die Reichsburg Rödelheim; Reichsburgen bestanden auch schon bei Gelnhausen auf einer Insel des Kinzigflusses, bei Friedberg und bei Wetzlar, der Kalsmunt. Mit der Verpflichtung im Fall eines Angriffes die Burg zu verteidigen, auch sonst dem Aufgebot des Kaisers zu Kriegszügen zu folgen, waren zahlreiche Burgmannen mit Landgütern und Zehnten des Reichs in den Landschaften am Untermain erblich beliehen und machten, da sie nur unter der Gerichtsbarkeit des Kaisers und des betreffenden Burggerichts standen, eine bevorzugte Klasse von Dienstmannen aus, welche sich später als Wetterauische Reichsritterschaft zusammenschloß.

Frankonofurt wird urkundlich seit 794 erwähnt und als königlicher Besitz (Fiscus) bezeichnet. Karl der Große erbaute hier einen kleinen Palast, genannt Saalhof, d. h. Herrenhof, mit einer Marienkapelle, jagte gern in dem benachbarten prachtvollen Königswald und Wildbannbezirk Dreieich und hielt im Juli 794 in Frankfurt eine Bischofssynode ab. Die folgenden Könige, namentlich Ludwig der Deutsche fanden sich öfters hier ein, erweiterten den Saalhof und machten reiche Schenkungen an die Kirchen. Die Bewohner waren teils Ackerbauer oder Weingärtner, teils Handwerker, Fischer oder Kaufleute. Durch seine außerordentlich günstige Lage nahm der Ort schnell an Bedeutung zu; auf dem Main bewegten sich viele Main- und Rheinschiffe, die wichtigste vom Süden herkommende Handelsstraße, die Bergstraße, mündete zu Frankfurt, wo stets eine Fähre zum Übersetzen in Bereitschaft stand und seit dem 12. Jahrhundert, vielleicht schon viel früher, eine hölzerne Brücke errichtet war; nach Norden setzte sich der Handelsweg über Friedberg fort und nach Osten führte eine etwa 12 m breite Heer- und Handelsstraße über die Höhen, alle sumpfigen Täler vermeidend und keiner Brücken bedürftig, nach dem südlichen Vogelsberg und weiter ins Franken-

land. Die Straße heißt noch jetzt „Reffenstraße", auch „Hohe Straße", und ist hier und da, südlich von Dorfelden und südlich von Büdingen noch zu erkennen. Als Mittel- und Ausgangspunkt der zahlreichen Wege durch das Frankenland und nach Ostfranken, erhielt Frankfurt seinen Namen Frankonofurt. d. h. Frankenweg.[1] Von allen Schiffen und Frachtwagen, die in Frankfurt ankamen, mußte ein Zoll für den König entrichtet werden; auch war am Ort eine königliche Münzstätte.

Im Jahre 1147 versammelte Kaiser Konrad III. die Fürsten des Reichs zu Frankfurt und ließ vor seinem Aufbruch zum Kreuzzug seinen ältesten Sohn Heinrich zum künftigen deutschen König wählen; das war die erste zu Frankfurt vollzogene Königswahl; 1152 wurde dann der Hohenstaufe Friedrich I. hier gewählt, 1196 Friedrich II., 1220 Heinrich VII., 1257 Richard von Cornwallis, 1273 Rudolf von Habsburg, 1292 Adolf von Nassau, 1298 Albrecht I., 1308 Heinrich VII. von Luxemburg, 1314 Ludwig der Bayer; die Goldne Bulle von 1356 erklärte dann Frankfurt zum regelmäßigen Wahlort. Dieser Vorzug brachte großen Ruhm und auch viele äußere Vorteile. Um für die Königswahl eine geeignete Kirche zu erhalten, wurde die baufällig gewordene Salvatorkirche in größerem Maßstab und sehr kunstreich in Stein neu aufgeführt und ihr im Jahre 1239 bei der neuen Einweihung der Apostel Bartholomäus zum Schutzherrn gegeben, dessen Hirnschale bereits vorher in den Besitz des Stifts gelangt war; der in der Folge noch bedeutend erweiterte Bau wurde seitdem gewöhnlich Dom genannt.

Um das Jahr 1180 erhob Kaiser Friedrich I. Frankfurt zur Stadt. Die Verfassung derselben war sehr einfach. Der oberste kaiserliche Beamte war der vom Kaiser gewöhnlich aus der Zahl seiner Dienstmannen ernannte Schultheiß, der den militärischen Oberbefehl führte,

---

[1] Furt bedeutet zunächst ganz allgemein Weg, Bahn, wie die Belege bei GRIMM, Wörterb. 4 I, 1 S. 896—900 zeigen; dann auch einen für Menschen, Vieh und Wagen gangbaren Weg durch einen Fluß. Eine solche Untiefe im Main-Strom hat es aber schwerlich bei Frankfurt je gegeben, sondern der Verkehr wurde von Anfang an viel einfacher und trockner mit Fähren vermittelt. Diese Deutung findet durch folgendes ihre Bestätigung. Mehrere Wetterauische Weistümer gestatten die Verfolgung frevelnder Ausmärker bis an den Rhein, bis Aschaffenburg und bis auf den „Hessenfurt" (vgl. THUDICHUM, F., Rechtsgesch. d. Wetterau 1 268, 310—312; auch 240); darunter kann nur die nördliche Grenze der Wetterau gemeint sein, also ein Weg, der ins Hessenland führt. Einen solchen gab es aber bei Wetterfeld, wo noch jetzt der „Hessenbrücker-Hammer", der offenbar nach einer dort über die Wetter führenden Brücke, der Hessenbrücke, genannt ist. Die Wetter ist hier und noch weiter ein noch recht geringfügiges Bächlein, das man durch das Legen einiger Balken trocken überschreiten konnte. Gleich an die Gemarkung des Dorfs Wetterfeld stößt das Hessische Landgericht Grünberg an, über welches auch in neueren Jahrhunderten Heerstraßen führten.

die Erhebung des Zolls, die Münzprägung und die Verrechnung aller kaiserlichen Gefälle überwachte. Ihm gebührte der Vorsitz in dem jetzt geschaffenen Stadtgericht und die Vollstreckung der Urteile; gefunden wurden dieselben durch 14 Schöffen; das Recht bei Abgang von Schöffen den Stuhl zu ergänzen, kam den Schöffen zu, die von Anfang an überwiegend aus kaiserlichen Dienstmannen, Rittermäßigen, bestanden und auch solche wählten.

Seit 1266 nahmen neben den Schöffen eine Anzahl „Ratleute", Consules, an der Verwaltung der Stadtangelegenheiten teil, und seit 1311 wählte der gesamte Rat jährlich zwei Bürgermeister, welche im Rat den Vorsitz führten und die Beschlüsse desselben vollzogen. In wichtigen Sachen holte man die Zustimmung der ganzen Bürgerschaft ein. Die Zünfte erlangten mehrmals eine gewisse Vertretung im Rat, verloren dieselbe aber immer wieder nach kurzer Zeit.

Das Amt des Schultheißen war im 14. Jahrhundert von den Kaisern an die Edelherren von Hanau verpfändet worden, womit dieselben eine gefährliche Waffe erhielten, sich eine Partei in der Stadt zu werben und sich dieselbe bei günstigen Umständen eines Tages zu unterwerfen; es war daher eine günstige Wendung in ihren Geschicken, daß es dem Rat im Jahre 1372 gelang, das Schultheißenamt an sich zu lösen, damit aber auch zugleich den Einfluß des Kaisers auf ihr Tun noch weiter zu beschränken.

Eine bemerkenswerte Änderung in der Strafrechtspflege bedeutete es, daß schon vor 1361 die Urteilsfällung in schweren Strafsachen auf den ganzen Rat übergegangen war, was bis 1806 so verblieben ist.

Die Zunahme der Bevölkerung führte zu wiederholten Erweiterungen der Stadt und der Aufführung neuer und bedeutenderer Befestigungen; doch war die Bevölkerungszahl nach heutigen Begriffen noch recht gering; sie betrug z. B. im Jahre 1387 nur an 8000 Seelen.

Im 15. Jahrhundert hob sich der Handel Frankfurts sehr erheblich und durch seine Messen wurde es zum Mittelpunkt des Tuch- und Lederhandels, seit 1500 auch des Buchhandels, der sich später nach Leipzig verzog, wo man sich um die Reichs-Bücherzensur-Kommission nicht zu kümmern brauchte. Von dem in der Wetterau gezogenen Getreide gingen große Lieferungen nach Frankfurt, wo die Klöster Häuser hatten, und dafür bezog die Wetterau Waren von Frankfurt. Es war die eigentliche Hauptstadt der Wetterau.

Den ersten Anfang zur Gründung von Gelnhausen machte Kaiser Friedrich I. im Jahre 1170 und hat dann etwa um 1180 dem Ort Stadtrecht erteilt. Innerhalb der schon älteren Reichsburg erbaute er einen glänzenden Palast mit einer Kapelle und hat ohne Zweifel auch seine Unterstützung geliehen zur Errichtung der im edelsten romanischen Stil angelegten Stadtkirche, sowie der bedeutenden Befestigungen der Stadt. Die Stadtverfassung glich derjenigen Frank-

furts; ein kaiserlicher Schultheiß und 13 Schöffen standen ihr anfänglich vor, dann kam ein Rat von 12—14 Ratsmännern hinzu; alle diese Ämter waren lebenslängliche. Die Gemarkung der Stadt war klein, die Bürger trieben Handwerk und viele bauten an den Sandsteinbergen Wein, der großen Ruf hatte. Durch schwere Unglücksfälle, im Jahre 1395 eine Seuche, die 2100 Menschen hinraffte, Krieg, Brand litt der Wohlstand sehr not und so fehlte jeder Aufschwung. Karl IV. verpfändete im Jahre 1349 die Stadt an seinen Gegenkönig Graf Günther von Schwarzburg und an den Grafen von Hohenstein, diese traten ihre Rechte im Jahre 1435 und völlig 1476 an die Grafen von Hanau und die Kurfürsten von der Pfalz ab; 1736 gingen die hanauischen Rechte an Hessen-Kassel über, 1746 auch die von Kurpfalz. Die Pfandherren ernannten den Stadtschultheiß und übten mancherlei Einfluß auf die städtischen Verhältnisse; aber die Bürgerschaft wußte sich doch ihre Reichsunmittelbarkeit und ihre wichtigsten Privilegien zu erhalten.

Die Burg Gelnhausen hat nie Rechte über die Stadt gehabt, ist schon im 15. Jahrhundert zerfallen und auch der Palast Friedrichs I. ging in Trümmer.

Wann auf dem Basaltkegel über der Usa, zuerst auf römischen Fundamenten, die noch erhaltene Reichsburg Friedberg gegründet worden ist, entzieht sich unserer Kenntnis; sie war lange mehr durch Natur als durch Kunst fest; der bedeutende, schlank in die Lüfte ragende, die ganze Gegend zierende Adolfsturm ist erst nach 1374, der dicke Turm erst um 1500 erbaut. Die Stadt, wohl schon von Friedrich I. mit Stadtrecht begabt, schließt sich unmittelbar nach Westen an, ist nach Ost und Nord durch steile Abhänge unzugänglich und brauchte nur nach West durch Türme und Mauern geschützt zu werden. Der von den Burgmannen auf Lebenszeit gewählte Burggraf war von Rechts wegen Stadtschultheiß, und unter seinem Vorsitz bildeten 12 lebenslängliche Schöffen das Stadtgericht; gewöhnlich versah ein vom Burggrafen ernannter Unterschultheiß die gerichtlichen Geschäfte. Seit 1279 werden 12 Ratsleute erwähnt, welche zusammen mit den Schöffen den vollen Rat ausmachten. Im Jahre 1306 schrieb Kaiser Albrecht I. vor, daß von den 12 Ratsleuten immer 6 Burgmannen sein sollten, gewählt allerdings von den Bürgern, doch mit der Freiheit der Burgmannen, auch anstatt der Gewählten andere zu senden.[1] Der Burg waren von den Kaisern auch verschiedene andere Rechte über die Stadt eingeräumt, aus welchen sie stets versuchte, eine Landeshoheit über sie herzuleiten, worüber jahrhundertelang gestritten und geschrieben worden ist. Gelungen ist es der Burg nicht; dagegen haben ihr kaiserliche Privilegien nach und nach die Landeshoheit über das Freie Gericht Kaichen eingeräumt.

[1] Vgl. Thudichum, F., Gesch. d. Freien Gerichts Kaichen 1857 S. 27—33.

Im 13. Jahrhundert begannen Grafen und Edelherren das Beispiel der Kaiser nachzuahmen und neben ihren Burgen befestigte Städte anzulegen, deren bewaffnete Bürger eine größere Wehrkraft darstellten als die wenigen ritterlichen Dienstmannen mit ihren wenigen Knechten. Zur Gründung von Städten, eigentlich auch schon zur Gründung von Burgen bedurfte es nach altem Rechte kaiserlicher Genehmigung und es ist dieselbe auch meistenteils eingeholt worden.

Die Zeit der Gründung läßt sich zum Teil nicht genau bestimmen; sie geschah ungefähr in folgender Reihenfolge:

| | |
|---|---|
| 1234 Nidda | 1347 Ulrichstein |
| 1247 Münzenberg | 1354 Schotten |
| vor 1266 Ortenberg | 1356 Gedern |
| 1268 Assenheim | 1361 Hungen |
| 1288 Windecken | 1362 Rodheim vor der Höhe |
| 1300 Lich | 1372 Wehrheim |
| 1304 Staden | 1419 Laubach |
| vor 1321 Büdingen | 1466 Usingen |
| 1321 Butzbach | 1605 Lissberg |
| 1336 Wenings | 1854 Nauheim[1] |

Über die Verfassung der Landstädte fehlt es an genügenden Untersuchungen, und es lassen sich solche bei verschiedenen derselben gar nicht mehr anstellen, weil die ganzen Archive zugrunde gegangen sind. Münzenberg und Assenheim hatten 12 Schöffen und waren aus dem alten Gerichtsverband völlig herausgetreten; in Nidda und Butzbach wurde seit unbekannter Zeit neben den Schöffen auch ein Rat gebildet, in Butzbach „gemeiner Rat" genannt.

In verschiedenen kaiserlichen Privilegien für Landstädte sind diesen die Rechte oder Freiheitsrechte der Stadt oder der Bürger zu Frankfurt verliehen worden.[2] Damit sollte durchaus nicht das ganze Privatrecht, Strafrecht und Prozeßrecht, wie es zu Frankfurt gehandhabt wurde, auf die betreffende Landstadt übertragen werden, zumal dieses Frankfurter Recht vor dem 14. Jahrhundert gar nicht aufgezeichnet war, noch weniger die politische Selbständigkeit, die die Stadt schon früher erlangte, sondern es waren damit die Freiheitsrechte gemeint, deren sich die Bürger erfreuten: persönliche Freiheit (Beseitigung von Ausflüssen früherer Leibeigenschaft eines Teils der Einwohner), Freiheit von Frondiensten, Waffenrecht, Freiheit gegen Ladung an fremde Gerichte usw.[3]

[1] Günther, Wappen der Städte im Großherz. Hessen: Archiv 3 Heft 2 u. 3; 7 369—373, 379—384 (1842 u. 1852).

[2] Frankfurter Recht erhielten folgende Wetterauischen Städte: Butzbach, Gedern, Gelnhausen, Hanau, Münzenberg, Rodheim vor der Höhe, Schotten, Staden, Windecken. von Fichard, Wetteravia 1 259—269.

[3] Thudichum, F., Gesch. d. Deutschen Privatrechts 1894 S. 157—160.

Recht deutlich tritt das in folgendem Fall hervor. Um das Jahr 1195 hatte Kaiser Adolf von Nassau den Ort Weilburg an der Lahn vom Bischof von Worms an sich gekauft und ihm dieselben Freiheitsrechte (eadem libertatis jura) erteilt, welche Frankfurt genieße; darauf wendeten sich die Weilburger an den Rat zu Frankfurt mit der Bitte, ihnen über diese Rechte Mitteilung zu machen und erhielten eine von Schultheiß, Schöffen, Ratleuten und übrigen Bürgern aufgesetzte, 31 Artikel haltende Urkunde darüber.[1] In allem wesentlichen sind sowohl die Verfassung der Landstädte wie die Rechte der Bürger stets durch die Landesherren bestimmt worden.[2]

Im 14. und 15. Jahrhundert wurde es üblich, daß die Schöffen der kleinen Städte, wenn ihnen in bürgerlichen Klagsachen eine Rechtsfrage zweifelhaft schien, sich in Frankfurt, Gelnhausen, Friedberg bei dem dortigen Schöffenstuhl Rats erholten; zwei Schöffen wurden dorthin geschickt, trugen den Fall mündlich vor und erhielten eine mündliche(!) Rechtsbelehrung gegen eine übliche Gebühr. Möglich waren solche Ratserholungen bei dem „Oberhof", weil das Privatrecht in dem ganzen Landstrich des Untermains seit alten Zeiten die gleiche Gestalt hatte; und der Schöffenstuhl einer Reichsstadt genoß natürlich besonderes Ansehen. Doch waren auch Landstädte Oberhöfe, z. B. Münzenberg für Assenheim. Die Bedeutung solcher Oberhöfe darf übrigens nicht überschätzt werden, da sie im ganzen selten angegangen worden sind.

Die Befestigungen der Landstädte mußten in der Hauptsache von den Bürgern aufgeführt werden und standen in engem Zusammenhang mit der dabei gelegenen landesherrlichen Burg. Die Bürger waren durchweg in den Waffen geübt, wozu die fast überall gebildeten Schützengesellschaften viel beitrugen. Die Bürger von Butzbach besaßen auch Harnische und die dortigen Tuchmacher zogen in Harnischen und wohlbewaffnet zur Frankfurter Messe. Hinter ihren Mauern erfreuten sich die Bürger für ihre Personen, Häuser und Habe viel größerer Sicherheit vor Räubern und fahrendem Gesindel als die Bauern, und konnten so viel eher zu einigem Wohlstand gelangen, wenn man sich auch ihre Lebensführung als sehr einfach vorzustellen hat; die meisten lebten wesentlich vom Ackerbau, andere vom Handwerk, das aber meistens keine Privilegien genoß, auch auf Dörfern getrieben werden durfte. In den Städten entstanden auch zuerst Schulen.

---

[1] Abdrücke bei Böhmer Cod. dipl. 304. Thomas, Oberhof 217—221. Gengler, Stadtrechte 115.

[2] Bemerkenswert sind die Freiheiten, welche der Graf Johann von Ziegenhain und seine Gemahlin Luckardis im Jahre 1311 den Bürgern der Stadt Nidda erteilt haben. Baur, L., Hess. Urk. 1 320 No. 457.

## 9.

## Freie oder reichsunmittelbare Gerichte und Dörfer. Kaiserliche Landvögte über die Wetterau von 1229—1417. Faustrecht. Landfriedensbündnisse.

In der Wetterau besaß das Reich im 13. Jahrhundert und teilweise noch viel später „freie", d. h. reichsunmittelbare Gerichte und Dörfer: die Stadt Friedberg, die Gerichte Kaichen und Wolferborn, die Dörfer Freienseen, Beienheim, Melbach, Dorfelden, Mörlen u. a. m. sowie den Büdinger Reichswald. Im Niddagau die Stadt Frankfurt und das Gericht Bornheimerberg, gegenüber demselben den Reichswald und Forst Dreieich; im Kinziggau die Stadt Gelnhausen und die Gerichte Selbold, Grinda, Hasla; im Maingau am Spessart das Freigericht Wilmundshain, weiter nordöstlich die Gerichte Freien-Steinau und das Freigericht Motten oder Muothen bei Schwarzenfels.[1]

Zur Ausübung und Aufrechterhaltung dieser kaiserlichen Rechte bestellte zuerst Friedrich II., der ja meistenteils fern in Italien weilte, schon vor 1229 einen Landvogt über die Wetterau, in der Person des Edelherrn Hartmann von Büdingen, und in der Folge ist das auch von sämtlichen Kaisern des 13. und 14. Jahrhunderts geschehen, bis die gänzliche Veräußerung aller kaiserlichen Rechte für einen solchen Landvogt nichts mehr zu tun übrig ließ. Kaiserliche Landvögte waren in diesem Zeitraum auch in Ostfranken und in Schwaben bestellt. Die Reihe der wetterauischen Landvögte ist folgende.[2]

vor 1229—1247 Hartmann, Herr von Büdingen.[3]
1259—1271 Philipp, Herr von Falkenstein, von König Richard ernannt.
1291—1298 Gerlach von Breuberg (officiatus per Wedrebiam), noch von Rudolf von Habsburg im letzten Jahre seiner Regierung ernannt.
1299 Siefried von Eppenstein, von Albrecht I. ernannt, aber im nämlichen Jahr abgesetzt (Archiv 1 467 u. 517).
1300—1306 Ulrich I. von Hanau.
1312—1321 Eberhard von Breuberg.
1321 Gottfried V. von Eppenstein (soll 1342 gestorben sein).
1341 Ritter Friedrich von Hutten; derselbe war zugleich kais. Schultheiß zu Frankfurt
1346 Walrab, Graf von Sponheim.
1349—1368 Ulrich III. von Hanau.

---

[1] Urk. aus den Jahren 1275 u. 1277 im Hessischen Urk.-B. 2 1 S. 372 u. 388 No. 511 u. 539.

[2] Hauptarbeit darüber: Böhmer, F., im Archiv f. Hess. Gesch. 1 337—350 1836. Ergänzungen lieferten Kriegk, G. L., Deutsches Bürgertum im Mittelalter. N. F. 1871 S. 399 und Usener (siehe unten).

[3] Urk. vom 19. September 1229: dum curam domini Regis et Imperii circa partes Weterebie specialiter gereremus. Archiv 1 341, 437.

1371 Ulrich IV. von Hanau (von Kaiser Karl IV. zum Reichsvikar diesseits des lampertischen [longobardischen] Gebirges und damit auch zum Landvogt in der Wetterau bestellt).

1371 14. Nov.—1373 4. April Johann von Luzelnburg (Luxemburg), Erzbischof von Mainz.

1373 Friedrich, Balthasar und Wilhelm, Markgrafen zu Meißen.

1381—1387 Ruprecht, Graf von Nassau.

1398—1402 Diether, Graf zu Katzenelnbogen.

1402 Hermann von Rottenstein (Rodenstein),

1414—1417 teils Graf Johann von Nassau, Erzbischof von Mainz, teils Graf Philipp von Nassau.

Die Aufgabe des Landvogts war: in den Reichsstädten den kaiserlichen Schultheiß zu ernennen, solange dieses Amt nicht verpfändet oder der Stadt überlassen war, auch in den freien Gerichten die Amtleute (Landrichter, Zentgrafen) zu setzen, oder wo noch Wahlrechte bestanden zu bestätigen, wobei ihm die Befugnis blieb, in den Gerichten auch persönlich den Vorsitz zu führen, was jedoch sehr selten geschah; er hatte sodann die jährlichen Reichssteuern der Reichsstädte und andere Gefälle für den Kaiser einzuziehen, durfte aber einen Teil davon nach Laut seiner Bestallungsurkunde für sich behalten; besonders lag ihm ob, den Landfrieden zu schützen, wobei ihm alle Reichsuntertanen, besonders aber die Reichsstädte und Reichsburgmannen, Heerfolge zu leisten hatten, freilich meistens nur insoweit zu leisten pflegten, als es ihnen gefällig war. Eine Besonderheit bildet die von Kaiser Ludwig im Jahre 1336 seinem Landvogt Gottfried von Eppenstein erteilte Vollmacht: „alle Dinge zu richten mit der vier wetterauischen Reichsstädte Rat, auch aus der Acht zu tun und in die Acht zu tun.“[1] Viel Einkünfte warf das Amt niemals ab, aber es gab Ansehn und Einfluß, und die Dienste, die der Landvogt dem Kaiser leistete, pflegten mit Belehnungen und Verpfändungen reichlich belohnt zu werden, wie das namentlich den Herren von Hanau glückte.

Mit dem 15. Jahrhundert waren die meisten Rechte des Reichs veräußert und hörte die Ernennung von Landvögten auf. Als Graf Philipp von Nassau am 24. August 1415 mit einigen Rittern zu Frankfurt auf dem Rathaus erschien, seine Ernennung zum Landvogt auch über Frankfurt vorzeigte, erhielt er vom Rat die Antwort, daß man in Frankfurt nichts von Rechten eines Landvogts wisse.[2]

Eine für die untere Wetterau und den Niedgau höchst wohltätige Einrichtung war „das Reichswassergericht“. Die Bäche Wetter, Usa, Nidda, Nidder, Seemenbach traten ehemals, wie zum Teil noch jetzt, bei großen Regengüssen oder schneller Schneeschmelze aus ihren Ufern und überschwemmten die ganzen Täler; es war daher

[1] Archiv 1 344.

[2] Usener im Archiv 4 Heft 2 u. 3 No. X mit 4 Urkunden.

bei der großen Zersplitterung der Herrschaft über diese Landstriche geboten, daß das Reich seine Hoheitsrechte geltend machte und für regelmäßige Ausräumung der Bäche sorgte, die Anlage von Stauungen für Mühlen überwachte, und die zulässige Höhe der Stauungen durch die Setzung von Aichbäumen genau bestimmen ließ. Diesen Auftrag hatte das Reichswassergericht, welches urkundlich zuerst im Jahre 1356 erwähnt wird, aber wahrscheinlich älter ist.[1] Das Amt des Reichswasserrichters war späterhin den Reichsrittern Rau von Holzhausen erblich verliehen; über die zu treffenden Maßregeln hatten 12 Geschworene zu entscheiden, die aus den verschiedenen Landstrichen genommen wurden und von den beteiligten Gemeinden Taggelder erhielten. Das Gericht ist in Tätigkeit geblieben bis zum Ende des alten deutschen Reichs.[2]

Im 13. und 14. Jahrhundert geriet das Reich nach außen in Ohnmacht und im Innern in heillose Verwirrung. Die kleinen Edelherren wie auch die Ritter gewöhnten sich daran, ihren Nachbarn zur Durchsetzung gegründeter oder erdichteter Ansprüche Fehde anzukündigen, sowie auch gegen Privatleute, Bauern, Bürger, namentlich Kaufleute Straßenraub zu üben; die gegen diese Eigenmacht, das sog. Faustrecht erlassenen Landfriedensgesetze der Kaiser halfen wenig; eher noch die Landfriedensbündnisse.

Nach dem am 21. Mai 1254 erfolgten Tod Kaiser Konrads IV. schlossen die rheinischen Städte, darunter auch die vier wetterauischen, ferner etliche andere süd- und norddeutsche Städte, wie Regensburg, Bremen, Münster, auch mehrere Landstädte, desgleichen eine große Zahl von geistlichen und weltlichen Fürsten und Grafen den sog. Rheinischen Städtebund.[3] Im Jahre 1340 gingen die vier wetterauischen Reichsstädte eine „Eidgenossenschaft" zu gegenseitiger Hilfe ein; im Jahre 1344 trat Kaiser Ludwig und der Erzbischof von Mainz diesem Vereine bei; Feldhauptmann desselben sollte der jeweilige Landvogt der Wetterau sein, den der Kaiser zwar zu setzen und zu entsetzen habe, doch nur mit Wissen und Willen seiner Verbündeten oder des mehreren Teils unter ihnen.[4]

Nachdem schon 1377 die schwäbischen Städte einen Städtebund aufgerichtet hatten, dem der Adel in der Löwengesellschaft, im Bund der Schlegler und im Sternenbund entgegentrat, kam im Jahre 1381

[1] „Die Geschworenen über das Wasser." Baur, Arnsburger Urk. B. No. 844 S. 516.

[2] Einen Abdruck der Ordnung des Gerichts gibt Zimmermann in der Zeitschrift f. Rechtsgeschichte 6 1—41. Ein früherer mangelhafter Abdruck bei Grimm, Weist. 3 463—470. Protokolle oder Gerichtsbücher des Gerichts befanden sich ehemals beim Administrativ-Justizhof in Darmstadt.

[3] Die Verhandlungen und Beschlüsse der Städte von 1254—1256 sind abgedruckt bei Böhmer S. 100—114; die Namen von 40 Städten und von den Herren S. 108.

[4] Archiv 1 346.

ein großer Bund der schwäbischen, rheinischen und wetterauischen Reichsstädte zustande; der Landfriede wurde zwar gemäß einem Befehl Kaiser Wenzels noch bis 1388 gewahrt, brach aber dann zusammen; der sog. Städtekrieg fiel ungünstig für die Städte aus; die Schwäbischen wurden am 23. Aug. 1388 bei Döffingen von Graf Eberhard dem Greiner von Württemberg, die Rheinischen bald darauf bei Oppenheim vom Kurfürsten Ruprecht von der Pfalz, die Fränkischen vom Burggrafen von Nürnberg besiegt; auch die Stadt Frankfurt erlitt am 14. Mai 1389 gegen den Edelherrn von Kronberg und seine Verbündeten vor Kronberg eine sehr empfindliche Niederlage.

Im ganzen 15. Jahrhundert, namentlich unter dem stetig im fernen Österreich weilenden Kaiser Friedrich III. dauerte Krieg und Straßenraub fort; niemals wurde aber einer dieser adligen Räuber aufgehängt, sondern höchstens einmal seine Raubburg zerstört. Schon Rudolf von Habsburg machte etliche dem Boden gleich, ebenso die Stadt Frankfurt. Im Jahre 1405 zog auf Befehl König Ruprechts der Landvogt der Wetterau, Hermann von Rodenstein, mit den „Werkleuten, Zimmerleuten und Steinmetzen" der Reichsstadt Friedberg aus und zerstörte die Ritterburgen zu Karben, Höchst, Lindheim, Rückingen, Memmelryß und Hudelngesesse.[1]

## 10.

### Die Reformation. Schulwesen.

Als die große Reformationsbewegung seit 1520 sich mächtig ausbreitete, war es in der Wetterau zunächst ein Teil der Reichs-Ritterschaft, welche ihr zuneigte und, angespornt durch Ulrich von Huttens Brandschriften, vor allem nach dem Klostergut zu greifen sich anschickte. Auf Pfingsten 1520 fielen auf Anstiften des Friedberger Burggrafen Eberhard Weise von Fauerbach bewaffnete Bauern des Freien Gerichts Kaichen unter Führung der Dorfgrafen zur Nachtzeit in die Propstei Naumburg ein, vertrieben die Mönche und verwüsteten das Kloster, worauf dann die Burgmannen von den Klostergütern Besitz ergriffen, den sie auch teilweise zu behaupten vermochten;[2] dasselbe Schicksal hätte auch die Klöster Ilbenstadt und Engeltal ereilt, wenn nicht seit dem verunglückten Zug Sickingens gegen Trier die Ritterschaft niedergeschlagen worden wäre.

Im April 1525 trat in der Reichsstadt Frankfurt die große Mehrheit der Bürger mit dem Verlangen vor den Rat, der Reformation freien Lauf zu lassen und zugleich in Verbesserungen der Stadtverfassung zu willigen; die Nachgaben des Rats in letzterer Beziehung

[1] Mader, Gesch. d. Burg Friedberg 2 58.

[2] Bernhard, Joh. Adam, Wetterauische Altertümer. Pars specialis I. Abt. S. 144—148 1734.

wurden am 28. Juni 1525 rückgängig gemacht, aber die Reformation geschützt und 1529—1533 im wesentlichen durchgeführt. Auf die Nachricht von der Erhebung der Frankfurter Bürgerschaft hatten sich am 20.—27. April 1525 auch die Bürger der Reichsstadt Friedberg zusammengetan und dem Rat ähnliche Zugeständnisse abgenötigt, wie es in Frankfurt geschehen war; aber am 18. Juli 1525 gelang es den Burgmannen der Reichsburg, den Aufstand mit Waffengewalt blutig niederzuschlagen und auch die Reformation für zwei Jahrzehnte zu unterdrücken.

In einem erheblichen Teil der Wetterau wurde die Reformation mit einem Schlag vollständig zur Durchführung gebracht durch die Verordnungen des Landgrafen Philipp des Großmütigen und die Beschlüsse der Homberger Synode vom 21.—23. Oktober 1526, an welcher die Ritterschaft und Städtevertreter aus ganz Hessen teilgenommen hatten; die Ämter Nidda, Lissberg, Schotten, Stornfels, Ulrichstein, Butzbach, Rosbach (bei Friedberg) wurden seitdem evangelisch, ebenso Stadt und Zent Lauterbach und andere unter hessischer Oberhoheit stehende ritterschaftliche Gebiete. In der Stadt Butzbach, die dem Landgrafen nur zu ein Viertel gehörte, konnten sich die Bürger im hessischen Schloß zu evangelischen Gottesdiensten versammeln, nach 1530 aber wurde die Reformation in der Stadtkirche eingeführt; die Brüder des gemeinsamen Lebens, Kugelherren, welche seit etwa 1470 eine Schule hatten, schlossen sich früh der evangelischen Lehre an.[1] In der Fuldischen Mark (Bingenheim) schützte der dort seit 1523 regierende Graf Philipp III. von Nassau-Weilburg die Anhänger der neuen Lehre und führte 1530 die Reformation vollkommen durch.

Einen neuen kräftigen Anstoß erhielt die Bewegung durch die Einführung der Reformation in der ganzen Grafschaft Hanau (Hanau-Münzenberg) seit 1540, wozu auch die Ämter Dorheim, Nauheim, Rodheim vor der Höhe gehörten; nun folgten 1543 die Reichsstadt und die Reichsburg Friedberg, sowie die Reichsstadt Gelnhausen; 1544 die Grafschaft Isenburg-Büdingen, 1546 Solms-Braunfels, wozu auch Hungen mit vier Dörfern gehörte. Die in der Grafschaft Isenburg-Büdingen gelegenen Klöster wurden säkularisiert: 1543 Selbold, 1555 Meerholz, 1559 Marienborn,[2] und dasselbe Schicksal erreichte die zum Landgericht Ortenberg gehörigen kleinen Klöster Konradsdorf und Hirzenhain durch Beschluß der gemeinschaftlich hier regierenden Herrschaften; Konradsdorf wurde 1578 in einen großen Gutshof verwandelt, Hirzenhain 1569 zu einer Gelehrtenschule gemacht, die aber 1595 einging, worauf aus den Einkünften sechs Studierende an der Universität Marburg dreijährige Stipendien erhielten.

---

[1] Schrimpf, Die Stadtkirche zu Butzbach. Festschrift 1904 S. 24.

[2] Simon, Gesch. d. H. Isenburg-Büd. 2 257—258.

Im Jahre 1558 führte die Burg Friedberg die Reformation im Freien Gericht Kaichen ein, mußte aber die Klöster Ilbenstadt und Engeltal fortbestehen lassen, und konnte nicht hindern, daß die Grafen von Hanau im Jahre 1561 die Propstei Naumburg vom Hauptkloster Limburg um 18000 fl. käuflich erwarben. In drei Orten des Kaicher Gerichts, Ilbenstadt, Heldenbergen und Kloppenheim wurde die Reformation mit Hilfe von Kurmainz wieder unterdrückt. Erhalten blieben ferner die Klöster Arnsburg und Marienschloß; desgleichen das Kollegiatstift Mockstadt, welches aber, um der Säkularisierung zu entgehen, um das Jahr 1585 seinen Sitz nach Frankfurt a. M. verlegte; ferner die Johanniter-Kommende zu Nieder-Weisel und die Deutsch-Ordens-Kommende Kloppenheim.

Den katholischen Klöstern verblieben die Patronatrechte auch über Pfarreien, die evangelisch geworden waren, sie mußten aber evangelische Pfarrer präsentieren; so z. B. das Nonnenkloster Engeltal zur Pfarrei Rodenbach-Altenstadt.

Die Johanniter-Kommende zu Nidda, zu welcher im Jahre 1584 ein Steinhaus, etliche Wohnhäuser, Ställe, Scheuern und ein Brauhaus gehörten, brachten die Landgrafen von Hessen im Jahre 1584 durch Kauf, nämlich Zusicherung einer ewigen Rente von jährlich 350 Gulden an den Ordensmeister, an sich.[1]

Die reformierte Lehre, wie sie Zwingli vertrat, war in einem erheblichen Teil von Süddeutschland zur Geltung gekommen, auch in Hessen durch Landgraf Philipp wenigstens geschützt worden, bis die Machtgebote des Kurfürsten von Sachsen, Johann Friedrich, sie seit 1534 völlig in den Hintergrund drängte; aber im Stillen blieben in vielen Ländern nicht wenige ihr zugetan, und als sie sich unter dem Einflusse Calvins und anderer in der Schweiz, in Frankreich, den Niederlanden, England, Schottland, Ungarn und Polen siegreich ausbreitete, übte das auch auf Deutschland eine starke Rückwirkung. Es traten zur reformierten Lehre mehrere der bedeutendsten Fürsten über: 1559 der Kurfürst Friedrich III. von der Pfalz und 1583 wieder Kurfürst Friedrich IV., 1588 die Herzoge von Pfalz-Zweibrücken, 1604 die Landgrafen von Hessen-Kassel, 1613 die Kurfürsten von Brandenburg; diesem Beispiele folgten die Mehrzahl der wetterauischen Grafen, 1579 Solms-Braunfels, 1563 Hanau-Münzenberg, 1596—1601 Isenburg-Büdingen, 1623 Solms-Lich. In der Grafschaft Hanau-Münzenberg wurde im Jahre 1670 den Lutherischen das Recht zugestanden, überall, sobald acht lutherische Familien vorhanden seien, sich zu einer lutherischen Kirchengemeinde zu verbinden.

Der reformierte Graf Ernst Kasimir von Isenburg-Büdingen, welcher sich während seines Aufenthaltes auf der Militär-Akademie

[1] Kunstdenkmäler von Hessen. Kreis Büdingen. S. 213 u. 223.

zu Berlin 1706—1708 und wohl auch durch Reisen eine freiere Anschauung über die Aufgabe der Staatsgewalt in Hinsicht auf Religion angeeignet hatte, lud durch eine öffentliche Kundmachung vom 29. März 1712 zur Einwanderung in seine Grafschaft ein und sicherte jedermann daselbst volle Gewissensfreiheit zu; es fanden sich alsbald Inspirierte oder Separatisten aus Schwaben, Wiedertäufer und sonstige Verfolgte ein und bildeten in der Stadt Büdingen, in Düdelsheim, auf der Ronneburg, in Himbach, Bergheim, Birstein stille Gemeinden mit Hausgottesdienst. Von den in der „Vorstadt" zu Büdingen angesiedelten Neubürgern waren noch im 19. Jahrhundert viele Leineweber und Strumpfweber, in welchem Gewerbe die Brüder von jeher besonders starken Anhang hatten.

Im Jahre 1738 fand der aus Kursachsen vertriebene Graf Zinzendorf Aufnahme in der Grafschaft Isenburg-Meerholz zu Marienborn und in der Grafschaft Isenburg-Büdingen auf dem Haag, errichtete hier mehrere Lehranstalten, die über 600 Zöglinge zählten, legte eine Fabrik an und ließ schwunghaften Handel treiben; allein 1750 wurden die Herrnhuter gleich nach dem Tode des duldsamen Grafen Ernst Kasimir vom Haag vertrieben, 1769 auch aus Marienborn und Lindheim.[1] Erst im 19. Jahrhundert gab es auf dem Haag wieder eine Zeitlang eine Niederlassung von Inspirierten.

Ihre theologische Vorbildung erhielten die evangelischen Prediger im 16. Jahrhundert in Marburg, seit 1607 überwiegend in Gießen; die Studierenden reformierter Konfession aber besuchten Herborn in Nassau und Straßburg. Da es nur wenige und recht knappe Stipendien gab und überall Armut herrschte, beeilte man das Studium und tat sich mit Bücherkaufen nicht wehe; an den Kollegienheften zehrten dann die Pfarrer ihr Lebenlang und vielen fehlte auch die Zeit zum Weiterstudieren, da sie mit Pferden und Ochsen ihre Pfründäcker bestellten und dadurch schnell verbauerten.

Gelehrte Schulen fanden sich zu Friedberg, Butzbach, Büdingen, Hirzenhain (in den Jahren 1569—1593), Hanau; in Büdingen wurde 1601 neben der Lateinschule eine „Deutsche Schule" und auch eine Mädchenschule eingerichtet.[2]

## 11.

### Staatliche und wirtschaftliche Zustände im 16.—18. Jahrhundert.

Als im Jahre 1521 das Reich von neuem in Reichskreise eingeteilt wurde, kam die Wetterau zum rheinischen oder oberrheinischen Kreis, zu welchem auch noch Nassau, Lothringen und Elsaß ge-

[1] Thudichum, F., Rechtsgesch. d. Wetterau 1 135—138. Simon (Superintendent) im Archiv 9 31—68 u. 385—435.

[2] Thudichum, Georg, Gesch. d. Gymnasiums zu Büdingen 1832 S. 37.

hörten. Die Kreistage fanden anfänglich zu Worms, später zu Frankfurt a. M. statt.

Den Grafen der Wetterau war seit Anfang des 16. Jahrhunderts, vielleicht auch schon etwas früher das Recht beigelegt worden, in Gemeinschaft mit den westfälischen Grafen auf dem Reichstag im Fürstenrat eine einzige Stimme abzugeben durch einen von ihnen bevollmächtigten Grafen (wetterauische Grafenbank); seit 1653 erhielten die westfälischen Grafen eine besondere Stimme für sich.

Von den sehr zahlreichen Reichsburgmannen der Reichsburgen Rödelheim, Friedberg und Gelnhausen waren im 16. Jahrhundert immerhin noch viele übrig; Burghut hatten aber, da Rödelheim und Gelnhausen so gut wie in Trümmern lagen, nur die Friedberger Burgmannen zu leisten, und auch das kam infolge der gänzlichen Veränderung des Kriegswesens kaum noch vor. Über ein ganzes Dutzend von Dörfern hatten einzelne Reichsritter die Landeshoheit erlangt, und wie es in diesen „Junker-Dörfern" mit der Regierung stand, kann man sich denken.

Nachdem sich schon im Jahre 1494 die fränkische Reichsritterschaft zu einem großen Verband mit Ausschüssen und Rittertagen zusammengetan hatte, folgten im Jahre 1522 112 wetterauische und rheinische Ritter diesem Beispiel. Um die Mitte des 16. Jahrhunderts teilte sich die ganze Reichsritterschaft mit kaiserlicher Genehmigung in drei Ritterkreise; der rheinische Ritterkreis umfaßte drei Kantone oder Orte: Oberrhein, Mittelrhein, wozu die Wetterau gehörte, und Niederrhein. Jeder Kanton wählte einen Ritterhauptmann oder Direktor und eine Anzahl von Ritterräten auf Lebenszeit, und diese bestellten einen Rechtsgelehrten zum Syndikus und einen Kassier der Rittertruhe. Die Hauptaufgabe dieser Vorstände bestand darin, bei den Reichsgerichten Klagen gegen die Fürsten und Grafen zu führen, wegen Nichtanerkennung ihrer Steuerfreiheiten und dergl., auch Streitigkeiten unter den Rittern selbst zu erledigen.

Zu Ende des 18. Jahrhunderts war die wetterauische Reichsritterschaft auf etwa 25 Familien zusammengeschmolzen und infolge von übermäßigem Aufwand und Schwelgerei verarmt, so daß seitdem viele Rittergüter an andere Besitzer, namentlich auch an Bauern kamen, die als Gesellschaft den Kauf abschlossen und dann unter sich teilten. Auch noch im 19. Jahrhundert ist das geschehen mit Gütern zu Heldenbergen, Bleichenbach, Nauheim, Nieder-Wöllstadt, Bönstadt.

Eine Volksvertretung war in den Zwergstaaten der Wetterau natürlich nicht denkbar; selbst in der Landgrafschaft Hessen-Darmstadt bedeuteten die Landstädte so gut wie nichts, wurden zu Steuerbewilligungen zum Schein einberufen, im Schloß zu Darmstadt zur Tafel gezogen und nach wenig Tagen wieder nach Hause geschickt.

Der Schutz, den die alte deutsche Gerichtsverfassung den Rechten der Gemeinden wie den Einzelnen ehemals geboten hatte, schwand schon im 16. Jahrhundert dahin, weil die Landesherren oder ihre Beamten sich einen ungebührlichen Einfluß auf die Besetzung des Schöffenstuhles anmaßten und, was noch schlimmer war, in bürgerlichen Sachen Appellationen an ihre neu aufgerichteten zwerghaften „Hofgerichte" oder an ihre eigene Person zuließen, in schweren Strafsachen aber den Schöffen nur die Verkündigung des Urteils befahlen, welches sie selbst oder ihre Räte entworfen hatten oder auf deren Ersuchen von einer Juristenfakultät gefällt war. Das ganze Verfahren in Sachen von Wert und Wichtigkeit wurde schriftlich und damit heimlich, in schweren Strafsachen die Folter das übliche Beweismittel.[1] Die drei allgemeinen Volksversammlungen dauerten vielfach bis ins 19. Jahrhundert fort, aber bloß als „Rügegerichte" über kleine Frevel und waren eine elende Form und schwere Belästigung.

Mag auch in manchem Ländchen eine wohlwollende unparteiische Handhabung der Gerichtsgewalt stattgefunden haben, so kennt man doch gar manche rohe Gewalttaten dieser kleinen Selbstherrscher, und wenn ihre bisher streng geschlossenen Archive sich öffnen würden, kämen gewiß noch viele dergleichen an den Tag. Im Jahre 1545 ließ ein Ritter an seinem Knecht die Strafe der Kastration vollziehen;[2] zu Ende des 18. Jahrhunderts wurden vier junge Burschen aus Ober-Florstadt, die im Florstädter Gemeindewald, den der Herr von Löw ohne Grund für sein Eigentum ansprach, nach altem Brauch Holz gefällt hatten, von ihrem ritterlichen Landesherrn an österreichische Werber „verschenkt" und auf Nimmerwiedersehn in die Fremde geschleppt.[3] Nun, es war ja die Zeit, in der manche Werber ungehindert halben Menschenraub übten und verschiedene Fürsten ihre Untertanen für bares Geld an England verkauften.

Der 30jährige Krieg vernichtete in der ganzen Wetterau den Wohlstand der Bürger und Bauern auf zwei Jahrhunderte; viele Dörfer gingen in Flammen auf, den übrigen wurde durch die Kriegsheere, die Marodeure und Räubergesindel ihre letzte Habe geraubt, vieler Orten so vollständig, daß man nicht begreift, wie die Bewohner vor dem Hunger das Leben retten konnten; freilich starben vieler

[1] Man vergleiche hierüber die Solmsische Gerichts- und Landordnung von 1571, welche auch in den Grafschaften Isenburg, Hanau, auch in der Reichsstadt Wetzlar, freilich überall mit Abänderungen, eingeführt worden ist. (Vgl. Schmidt, Arthur, Die geschichtl. Grundlagen d. bürg. Rechts i. Großh. Hessen 1893 S. 72—74 u. 105 bis 106.) Eine Wohltat war das Solmser Landrecht insofern, als es viele gute deutsche Rechtssätze gegen das Römische Recht in Schutz nahm.

[2] Grimm, Jak., D. Rechtsaltertümer 1828 S. 710 Anm., nach Sastrow, Barthol., Leben. Herausg. von Mohnike 1 290—293 1823.

[3] Mündliche Mitteilung des alten Schultheißen Heinrich Faß im Jahre 1858.

Orten die Hälfte oder gar $^4/_5$ des Volkes weg, an Krankheiten, die Hunger und das Kriegsvolk zurückließen; außerdem kostete der Aberglaube der Hexerei gerade damals Hunderten von Unschuldigen, namentlich Frauen, das Leben.[1]

Es entstanden jetzt an verschiedenen Orten zuerst große Gutshöfe, indem die früher von Landsiedeln bebauten Ländereien infolge Wegsterbens der Bauern oder unter Vertreibung derselben, von den Lehnsherren in eigne Bewirtschaftung durch Verwalter oder Pächter und zahlreiches Gesinde genommen wurden. Hier sind zu nennen die Höfe: Wickstadt in der Gemarkung des Dorfes Sterrenbach, dessen Kirche noch im freien Feld zu sehen ist; Albach, Hof-Güll, Kolnhaußen, Oberstraßheim, Schwalheim, Häuserhof bei Oberwiddersheim, Schleifeld, Dauernheim, Ranstadt, Findorf, Erbach, Salinenhof (Büdingen), Ronneburg, Marienborn, Issigheim, Mittelgründau. Im Jahre 1685 ließ das Kloster Ilbenstadt die auf seinen 20 Huben Lands zu Baiersrode bei Marköbel stehenden Bauernhäuser abbrechen, nahm das Land in eigne Bewirtschaftung und setzte einen Mönch als Verwalter hin.

In der Landgrafschaft Hessen ist dem Legen der Bauernhöfe schon im 15. Jahrhundert, besonders aber 1535 und 1545 durch landesherrliche Verordnungen ein wirksamer Riegel vorgeschoben worden.[2]

Der Adel war durch das Kriegselend ebenfalls in seinem Einkommen sehr beeinträchtigt worden: anstatt aber sich angemessen einzuschränken, erlaubte er sich vielmehr größere Ausgaben als je zuvor; alle Grafschaften waren ja jetzt in Stücke gespalten, und jede Linie wollte doch als Herrscherin von einem Dutzend Dörfern ihren Glanz zeigen; überall begann also der Adel neue Steuern aufzulegen, Bannrechte zu üben, Schäfereirechte auszudehnen, namentlich aber für die Bebauung seiner Güter strengere Frondienste zu fordern, die Untertanen auch zum Wachdienst vor ihren Schlössern zu zwingen.[3] Besonders aber hatte er es auf die Almendgüter der Gemeinden ab-

[1] Beschreibungen dieses Elends geben an die Hand: Wetterfelder Chronik des damaligen evang. Pfarrers zu Wetterfeld, herausg. von Friedrich Graf zu Solms-Laubach und W. Matthaei 1882 S. 346. Dieffenbach, Ph., Gesch. d. Stadt Friedberg 1857; Rausch, Gg., Aus den Akten d. Stadt Schotten (im Archiv, N. F., 4 197—261 1906); von Grimmelshausen, geb. 1625 zu Gelnhausen, Simplicissimus. Kirchenbücher zu Kaichen, Bruchenbrücken usw.

[2] Vgl. Thudichum, F., Gesch. d. Deutschen Privatrechts S. 145 1894.

[3] In der Grafschaft Hanau sagte man sich den Spruch:

Wer im Hanauischen will wohnen
Muß die ganze Woche frohnen,
Muß das Brot beim Bäcker kaufen,
Alle Tage Boten laufen.

gesehen; unter dem Schein, zum Wohl des Volkes die Aufsicht zu führen, nahm er bald die Verwaltung der Markwälder und Weiden in die Hand, ernannte die Märkermeister und Förster, ließ die Märkerdinge eingehen und fing an, die Almenden als sein Eigentum zu behandeln, den Gemeinden die Nutzungen zu schmälern und diese als bloße aus Gnaden gewährte Verwilligungen hinzustellen. In der Grafschaft Hohen-Solms sprachen die Grafen von Solms im 18. Jahrhundert das Recht an, von allen Gemeindewäldern einen Holzzehnten zu beziehen, von dem man früher nicht das Geringste gewußt hatte.[1]

Wo bisher noch freie Pürsch gegolten hatte, wie im Landgericht Bingenheim, wurde dieselbe aufgehoben und die Jagd dem Landesherrn beigelegt; die Fischerei in den meisten Bächen verblieb aber den Gemeinden und blieb frei.

Im Zeitalter Ludwig XIV. setzte sich in den Köpfen vieler Adeligen und ihrer Beamten noch mehr als früher die Vorstellung fest, daß die Bauern von alters her eigentlich nichts weiter seien als Leibeigne und demgemäß behandelt werden dürften. Im Jahre 1680 erließen Burggraf und Regimentsburgmanne der Reichsburg Friedberg eine „Verbesserte Polizeiordnung" für das freie Gericht Kaichen, welche eine polizeiliche Taxe für Gesindelohn festsetzte, über welche hinaus sich kein Dienstbote bei Strafe einen Lohn versprechen lassen dürfe. Um zu verhindern, daß gerade wegen dieser Beschränkung die Dienstboten außerhalb des Ländchens Dienst suchen oder ganz zu Haus bleiben möchten, wurde weiter verfügt: niemand dürfe ohne Erlaubnis des Ortsgrafen oder der Burgkanzlei sich außerhalb Landes verdingen, widrigenfalls er seines Heimatrechts und alles Erbrechts und Eigentums verlustig gehn solle. Ebensowenig solle es denen, die bei ihren Eltern nicht Beschäftigung fänden, gestattet sein, zu Hause auf der faulen Bärenhaut zu liegen, sondern sie sollten von der Obrigkeit angehalten werden, sich gegen Lohn zu verdingen. Zu gleicher Zeit wurde den Bauern verboten, fernerhin kurze Handbeile oder Hirschfänger zu tragen, mit denen sie bis dahin zum Zeichen ihrer Freiheit gewöhnlich, namentlich auch bei Jahrmärkten und Kirchweihen, gegangen waren.

Obwohl die Gemeindevorsteher in immer größere Abhängigkeit von der Herrschaft geraten waren, blieben doch die Gemeinden standhaft in der Verteidigung ihrer Rechte, was allein dadurch möglich war, daß Gemeindebeschlüsse wie nach altem Recht durch die ganze Gemeindeversammlung gefaßt wurden, und ein echter Gemeingeist alle beseelte, wie sich an der Einstimmigkeit zeigt, mit der die Beschlüsse stets gefaßt wurden. Gewöhnlich blieb nichts andres übrig,

[1] Roth, Karl, Gesch. d. Forst- u. Jagdwesens in Deutschland 1879 S. 425.

als Klage bei dem Reichskammergericht oder dem Reichshofrat, und unzählige Prozesse schwebten im 17. und 18. Jahrhundert bei diesen Gerichten, ohne Ende und mit schweren Kosten der Gemeinden; aber das war noch das Geringste; es galt dabei meistens noch den „Kampf ums Recht", wie Rudolf von Ihering es schön ausgedrückt hat, auch gegen unzählige Unbilden seiten der Herrschaft durchzuführen. Es sei hier eins von vielen Beispielen erwähnt. Das Dorf Freienseen war ein reichsfreies Dorf, welches sich im 14. Jahrhundert unter den Schutz der Landgrafen von Hessen gestellt und seine Freiheit bisher erhalten hatte; den Grafen von Solms-Laubach war eine solche Nachbarin ärgerlich und sie versuchten auf alle mögliche Weise, sie unter ihre Botmäßigkeit zu bringen, wie dies ähnlich viele Fürsten gegenüber Reichsstädten versuchten. Die Gemeinde klagte beim Kammergericht zu Wetzlar, und als ihre Vorsteher eines Tages von Wetzlar zurückkehrten, wo sie ihren Anwalt gesprochen hatten, wurden sie unterwegs aufgefangen, nach Laubach gebracht und in ein tiefes Burgverließ geworfen, wo sie auf faulem Stroh bei Wasser und Brot monatelang schmachteten. Aber Freienseen gab nicht nach und wurde schließlich von dem Landgrafen von Hessen-Darmstadt wirksam in Schutz genommen. Nach den Mandaten des Reichsgerichts hatte man in Laubach nicht gefragt.

Führten die Beamten gegen das Volk eine herrische, grobe Sprache, so befleißigten sie sich untereinander vielfach einer ausgesuchten Höflichkeit. So redeten Kanzleidirektor und Regierungsräte des Grafen von Isenburg-Meerholz im Jahre 1762 den Amtmann Schickendanz im Gericht Eckartshausen in einer an denselben gerichteten Verfügung mit den Worten an: „Unsern freundlichen Dienst und Gruß zuvor hochwohledler vest und hochwohlgelahrter insonders geehrter Herr und Freund!"

Die Handwerke schritten nicht vorwärts, sondern gingen zurück; feinere Tuche kamen alle von auswärts, auch von Hanau, wo niederländische Einwanderer größere Kunstfertigkeit entwickelten.

Zum Bergbau war in der Wetterau wenig Gelegenheit; hier und da fanden sich kleine Eisenlager, die dann zur Anlegung von Hammerwerken führten, wie zu Burgbracht, Büdingen, Hirzenhain, Hessenbrücker-Hammer.[1] Die älteste und bedeutendste Saline war die zu Nauheim, die aber doch den Bedarf lange nicht deckte; die jüngeren Salinen zu Salzhausen, Wisselsheim und Büdingen fielen noch weniger ins Gewicht, weshalb viel Salz von Orb eingeführt

[1] Urk. um 850: Bricho schenkt dem Kl. Fulda bona sua in Brahtaha in loco ubi ferrum in terra invenitur. Dronke, Trad. Fuld. 102—115. Reiner, Hess. Urk. B. 1 No. 30 S. 16.

wurde. Es war ein sehr teurer und durch staatliche Monopole noch mehr verteuerter Artikel.

Papiermühlen bestanden zu Büdingen, Nidda, vielleicht auch noch anderwärts, über deren Alter und Leistungen Untersuchungen fehlen; Druckereien zu Büdingen, Nidda, Friedberg, Butzbach, die vorzugsweise nur Amts- und Anzeigeblätter, etwa auch Gesangbücher druckten. Eigentliche Zeitungen fehlten gänzlich. Um die Mitte des 18. Jahrhunderts waren zu Büdingen und Hanau gelehrte Gesellschaften, Akademien genannt, gegründet worden, die wissenschaftliches Leben weckten und auch die Druckereien in größere Tätigkeit versetzten; doch dauerte das nicht lange an. Wie sehr verschiedene Grafen von Isenburg-Büdingen und Solms-Laubach die Wissenschaft zu fördern bestrebt waren, beweisen die außerordentlich stattlichen Bibliotheken, die sie in ihren Schlössern sammelten und der Benutzung darboten.

## 12.

### Die Neuzeit seit 1801.

Mit der französischen Revolution und der daraus entsprungenen Weltherrschaft Napoleons I. ging für Deutschland und auch für die Wetterau die im Mittelalter eingerissene elende staatliche und kirchliche Ordnung in Trümmer und erschien die Morgenröte einer neuen besseren Zeit. Infolge des Lüneviller Friedens vom 9. Februar 1801 und des Reichsdeputations-Hauptschlusses vom 25. Februar 1803 kamen die Besitzungen der Erzbischöfe von Mainz, das Kloster Marienschloß und die Reichsstadt Friedberg an Hessen-Darmstadt; die reichen Klöster Arnsburg und Engeltal wurden den Grafen von Solms, die beiden Klöster Ilbenstadt den Grafen von Leiningen-Westerburg überwiesen. Unendlich wichtiger war die Gründung des Rheinbunds vom 12. Juli 1806, auf Grund dessen 22 reichsritterschaftliche Dörfer und zwei Städte in der eigentlichen Wetterau an Hessen übergingen, dazu das dem Deutschen Orden gehörige Dorf Kloppenheim, sowie die ausgedehnten Besitzungen der Ritter von Riedesel und von Schlitz, genannt Görtz; endlich die Gebiete der verschiedenen Häuser Solms (Lich, Braunfels, Laubach, Assenheim-Rödelheim) und der Grafen von Stolberg-Ortenberg und Gedern. Der Fürst von Isenburg-Birstein, der sich frühe besonders diensteifrig für Napoleon gezeigt hatte, erhielt zur Belohnung dafür die Souveränität über seine Vettern, die Grafen von Isenburg-Büdingen, Meerholz und Wächtersbach, und es wurde dieses Isenburgische Fürstentum erst 1816 unter das Großherzogtum Hessen und Kurhessen verteilt. Im Jahre 1810 überwies Napoleon noch verschiedene Dörfer, die bis dahin dem vertriebenen Kurfürsten von Hessen gehört hatten, dem Großherzogtum, so daß die ganze

Wetterau ein wohlabgerundetes Ganzes darstellte; allein 1816 mußten wieder das Amt Dorheim mit Dorheim, Nauheim, Schwalheim und Rödgen an Kurhessen abgetreten werden, und es blieben auch die Orte Reichelsheim und Dornassenheim nassauisch, höchst hinderliche Enklaven im Herzen der Wetterau.

Zunächst bekam das Volk von diesen Veränderungen freilich keine großen Vorteile zu spüren. Durch die Wetterau führten die wichtigen Heerstraßen von Frankfurt nach Gießen und Kassel, sowie über Grünberg nach Fulda, welche auf Befehl Napoleons chaussiert werden mußten und auf welchen sich fortwährend französische Truppen nach dem Norden bewegten, während andere Abteilungen jahrelang in der Wetterau Quartier nahmen, sowie auch dann 1813 die flüchtigen Franzosen wieder zum Teil sich über die Gegend ergossen, und ihnen das russische Gesindel der Kosaken und Baschkiren folgte, das manchem Mann den Seufzer auspreßte: „Oh, hätten wir doch lieber unsere Franzosen noch!“ Dadurch und durch die hohen Kriegssteuern, die jeder Rheinbundsfürst erheben mußte, verarmte das Volk, welches im ganzen 17. und 18. Jahrhundert das Elend der Kriege wie kaum eine andere Gegend gekostet hatte, und von daher noch mit alten Kriegsschulden belastet war. Kein Mensch konnte Ersparnisse machen, unter den gebildeten Ständen, unter Beamten und Geistlichen bildete vollkommene Mittellosigkeit die Regel.

Übrigens wurden unter dem verständigen und wohlmeinenden Großherzog Ludwig I. († 1830) eine Reihe wohltätiger Maßregeln ergriffen: unterm 25. Mai 1811 wurde die Leibeigenschaft aufgehoben, freilich unter Verpflichtung der Leibeignen, ihre früheren Herrn mit dem 20fachen Betrag ihrer Bezüge zu entschädigen; durch Gesetz vom 6. August 1810 den Jagdbesitzern die Entschädigungspflicht für Wildschaden aufgelegt; nach französischem Muster gute Landpolizei („Gendarmerie“) eingerichtet, und endlich den Räubern, Dieben, Landstreichern, Zigeunern das Handwerk gelegt. Besonderes Lob verdienen die Forstbeamten, welche auf zahlreichen entwaldeten Höhen prachtvolle Wälder aufzubringen wußten und der hessischen Waldwirtschaft den besten Ruf verschafften.

In den Freiheitskriegen 1813 und 1814 fochten viele Wetterauer als Freiwillige mit und Jünglinge gebildeter Stände taten sich zu einer „Teutschen Gesellschaft“, später auch zur „Deutschen Burschenschaft“ zusammen, lasen die Nibelungen, trugen „deutsche“ Kleidung, übten das Turnen, forschten über die Rechte der ehemaligen hessischen Landstände und setzten Bittschriften an den Großherzog um Gewährung einer landständischen Verfassung in Umlauf, die dann auch, nachdem Bayern, Baden und Württemberg vorangegangen waren, unterm 17. Dezember 1820 ins Leben trat. Daran schlossen sich mancherlei kleinere Verbesserungen; aber wenn der Oberhesse

und Starkenburger seine Lage mit der des Rheinhessen verglich, wo die französische Gesetzgebung herrschend blieb, machte sich ihm ein trauriger Rückstand fühlbar. Ein Haupthindernis der Verbesserung bildeten die ausschweifenden Vorrechte, die dem mediatisierten Adel belassen worden waren, namentlich die den Standesherren eingeräumte Befugnis, Richter erster Instanz zu benennen, Polizeigewalt auszuüben, Schullehrer zu präsentieren und aus drei von der Gemeinde Vorgeschlagenen den Bürgermeister zu ernennen. Dadurch war eine zweckmäßige Organisation der Rechtspflege und Verwaltung verhindert und den Standesherren eine schädliche Einwirkung auf die Gemeindeangelegenheiten verschafft. An allen diesen Privilegien wie auch an den Zehntrechten des Adels, unter welchen die Landwirtschaft schwer zu leiden hatte, war ohne Zustimmung der Adeligen nichts zu ändern, da die deutsche Bundesakte von 1815 diese Privilegien unter den Schutz des Bundes gestellt hatte.

Die Mediatisierten waren von der Regierung mit aller möglichen Rücksicht behandelt worden; ihre Domänen, aus denen sie doch früher auch Regierungslasten hatten tragen müssen, verblieben ihnen, der größte Teil ihrer Schulden wurde nicht als Privat-, sondern als Landesschulden behandelt und auf die Staatskasse übernommen, so daß sich die finanzielle Lage des Adels außerordentlich verbesserte; aber er war damit nicht zufrieden und begann den Gemeinden ihre Beholzungs- und Weiderechte zu schmälern und die Gemeinden auf diese Weise zu gerichtlicher Klage zu nötigen; die Berufung derselben auf unvordenkliches Herkommen genügte nicht, da der Adel behauptete, daß jene Bezüge und Rechte nur aus Gnaden bewilligte gewesen seien, und die höchst mangelhaft unterrichteten Gerichte stellten sich meistens auf diesen Standpunkt des Adels und verlangten den Beweis des „Rechts", den die Gemeinden meistens nicht zu führen vermochten, weil sie entweder nie Urkunden darüber besessen hatten oder dieselben in die Archive des Adels gewandert waren. Auch die Staatsregierung, die es in verschiedenen Landesteilen nicht besser machte als der Adel, stellte sich ebenfalls auf die Seite des Adels und verfügte, daß ein Gemeinderat, der gerichtliche Klage beschlossen und den Prozeß verloren habe, die Prozeßkosten aus seiner Tasche bezahlen müsse. (!)

Zu den schlimmsten Mißbräuchen, deren sich der Adel schuldig machte, gehörte die übermäßige Hegung des Hochwilds, wodurch viele Grundstücke wertlos gemacht wurden, da Klagen auf Ersatz von Wildschaden ganz ungenügend zum Ziel führten; und empörend war die Pflicht der Bauern zu Jagdfronden, zum Einfahren der Jagdbeute in das entfernte herrschaftliche Schloß und die Aufbietung aller jungen Leute zur Verrichtung von Treiberdiensten, wobei sich die Bedienten des Adels erlaubten, die Treiber mit Hundspeitschen

zu mißhandeln.[1] Als daher im Jahr 1830 in Frankreich die Juli-Revolution ganz Europa in Unruhe versetzte, rotteten sich zunächst in kurhessischen Orten um Gelnhausen Bauern zusammen, zogen nach Büdingen und weiter in die Wetterau, überall die Bauern mit sich reißend, und bemüht, die Prozeßakten und Hypothekenbücher auf den Kanzleien der Gerichte zu vernichten. Sie kamen ohne Waffen und wurden überall leicht zerstreut; das ganze Unternehmen entbehrte jeder Führung, jedes Plans; als mein Vater, Direktor Georg Thudichum, einen ihm bekannten Bauer auf die Aussichtslosigkeit ihres Unternehmens warnend hinwies, versetzte derselbe: „Nun, wenn es auch nichts hilft, so sind wir doch einmal einen Tag frei gewesen." Zu denken gab die Bewegung den Ministern des Staats immerhin wegen der Nachbarschaft Frankreichs, und sie machten Versuche zu manchen Verbesserungen, die aber nur geringe Früchte trugen; mit größter Strenge aber begannen sie alle Männer zu verfolgen, welche für freiheitliche Entwicklung und Einigung Deutschlands eingetreten waren, und denen man den Aufruhr der Bauern und das Frankfurter „Attentat", die unglückselige Verirrung akademischer Jugend, schuld gab. Schmähliche Angeberei nahm überhand; einer der besten Patrioten, der Pfarrer Ludwig Weidig, wurde durch roheste Mißhandlung im Untersuchungsgefängnis zu Selbstmord getrieben, viele Verwaltungsbeamte krochen vor den Ministern und erlaubten sich ungezähmte Grobheiten und Willkürlichkeiten gegen das Volk.[2] Die Unzufriedenheit steigerte sich, als durch die Mißernte des Jahres 1846 im Winter und Frühjahr gewaltige Teuerung eintrat, angesichts welcher die Bureaukratie völlig ratlos dastand. Das Verbot, Frucht anderswo zu verkaufen oder zu kaufen als auf den durch bloße Verordnung rechtswidrig vorgeschriebenen Fruchtmärkten, wollte die Bauern zwingen, ihr bischen Korn an einen bis zu 30 und 40 Kilometer entfernten Kaufplatz zu führen und es entweder um jeden Preis loszuschlagen oder wieder mit nach Haus zu nehmen; sie blieben natürlich lieber ganz zu Haus und ließen ihren Vorrat still liegen. Die Regierungsweisheit machte sich dann in einem Gesetz vom 6. Juli 1847 Luft, wodurch den Armen das Recht der Verehelichung sehr erschwert, ja genommen wurde.

Die französische Revolution vom Februar 1848 übte auf Deutschland eine Einwirkung, welche unendlich viel mächtiger war als die im Jahre 1830 sich äußernde; in der Wetterau war wie im Vogelsberg und Odenwald die Bewegung zunächst eine rein wirtschaftliche; die

[1] Dies habe ich aus dem Munde eines Bürgermeisters, der als Knabe eine solche rohe Behandlung erduldet hatte.

[2] Eine ausführliche und sehr getreue Schilderung der Hessischen Rechtszustände gab ein Ungenannter in Rottecks und Welckers Staats-Lexikon 1847. 6 703—792.

Bauern kamen in langen Zügen vor die Standesherren, angetan mit ihren Sonntagsröcken und begehrten in höflicher Form Einstellung der gegen sie schwebenden Prozesse und Anerkennung ihrer Rechte auf Wälder und Weiden, ebenso Verzicht auf manche hergebrachte Vorrechte; die meisten Herren wären so verständig und gutmütig sofort nachzugeben; viele der gegen die Bauern vorgenommenen Beeinträchtigungen kamen ja auch nur auf Rechnung der standesherrlichen Beamten und waren von den Herren auf deren Schilderung hin in gutem Glauben gutgeheißen worden. Zu rohen Ausschreitungen, Verwüstung von Schlössern und Archiven ließ sich das Volk nur in den ehemaligen Gebieten der Herren von Riedesel fortreißen.

Schon am 11. März 1848 gaben die sämtlichen hessischen Standesherren der Staatsregierung die schriftliche Erklärung ab, daß sie bereit seien, die ihnen belassenen Regierungsrechte aufzugeben und sich in bezug auf ihr Eigentum unter Verzicht auf die ihnen in der Bundesakte erteilten Gewährschaften allen hessischen Landesgesetzen zu unterwerfen; unterm 9. April 1848 wiederholten sie dies; sie seien bereit, auf ihre Gerechtsame in Justiz-, Polizei-, Kirchen- und Schulsachen und auf ihre Steuerfreiheit zu verzichten, sich auch den künftigen Landesgesetzen über Zehnten, Monopole, Jagden, Fischereien ohne Widerrede zu fügen, machten auch diese sehr lobenswerte Erklärung öffentlich bekannt.

Die unterm 21. Dezember 1848 von der ersten deutschen Nationalversammlung beschlossenen und als Reichsgesetz verkündigten Grundrechte des deutschen Volks machten endlich dem Mittelalter ein Ende; sie beseitigten alle in der Bundesakte und den Landesverfassungen beruhenden Hindernisse der Landesgesetzgebung, erklärten eine ganze Anzahl von alten Vorrechten für sofort aufgehoben und verpflichteten die Einzelstaaten, andere Vorrechte zu beseitigen, was dann in Hessen auch ohne Aufschub geschehen ist. Das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden wurde aufgehoben, die Grundlasten, namentlich der Zehnte, für ablösbar erklärt, Erbpacht und Landsiedelleihe in Eigentum des Lehnsträgers verwandelt und hiermit viele Tausende von bäuerlichen Grundbesitzern geschaffen; der Adel erhielt durch Aufhebung des Lehnsverbandes freies Eigentum an seinen Lehnsgütern. Die Beseitigung der Schafweidegerechtigkeit enthielt einen Fortschritt für die Landwirtschaft, während dagegen die Abschaffung der Beweidung abgeernteter Äcker und Wiesen durch die Gemeindeherde einen schlimmen Fehler bedeutet, der für alle Haustiere die Vermehrung der Stallkrankheiten, insbesondere der Klauenseuche und Tuberkulose bedeutet hat, und über kurz oder lang wieder geändert werden muß.

Es fiel jetzt auch das erniedrigende Versprechen der „Ehrerbietung", welches jeder Bewohner einer Standesherrschaft gegen-

über dem Standesherrn zu leisten hatte, und die Köpfe der Berichte an die Ministerien, welche nach einer Verordnung vom 9. Dezember 1803 spaßhafterweise gelautet hatten: „An das hochpreisliche Ministerium", lauteten seit dem 25. November 1848 einfach: An Großherzogliches Ministerium des . . .

Mit der Wiederherstellung des Bundestags seit 10. Mai 1850 war die Einheitsbewegung gescheitert und unter Führung Österreichs der Rückschritt auf allen Gebieten eingeleitet, aber der Glaube an die Fortdauer dieser Zustände, auch an die Fortdauer der Einzelstaaten infolge ihrer Verfassungsbrüche erschüttert.[1] Ein Wetterauer Bauer meinte damals: „Jetzt hat es schon zweimal geläutet, zuerst 1830, dann 1848; wenn's noch einmal läutet, dann läutet's zusammen", und er sprach damit die Überzeugung aller Denkenden aus. Allein zunächst hatte sich des Volks große Gleichgültigkeit bemächtigt, wozu der in den Jahren 1853 und 1854 über die Bauern hereingebrochene Notstand das Seinige beigetragen haben mag; die Ärmeren derselben waren schwer verschuldet, konnten jetzt ihre Zinsen nicht bezahlen, verloren erst durch Pfändungen ihre Fahrhabe, namentlich ihr Vieh, und dann auch ihre Häuser und Grundstücke, die vielfach zu Spottpreisen verkauft wurden, so daß Tausende zu bloßen Taglöhnern herabsanken und noch froh sein konnten, wenn sie soviel Geld behielten, um nach Amerika auswandern zu können. Der Adel zog den Nutzen davon; denn ihm flossen gerade jetzt aus der Staatskasse große Ablösungssummen zu, mit denen er seinen Grundbesitz abrunden und erweitern konnte, so daß er alle im Jahre 1848 erlittenen Einbußen reichlich gutmachte.

Mit dem Regierungsantritt des Prinzregenten, späteren Königs und Kaisers Wilhelm I., 7. Oktober 1858, und mit der Gründung des deutschen Nationalvereins begann wieder einige Regsamkeit im Volk. In Gießen war 1857 ein Turnverein gegründet worden, der im jüngeren Geschlecht Sinn für vaterländische Angelegenheiten weckte und allmählich zu einer Mitgliederzahl von 700 rührigen Turnern und Turnfreunden anwuchs; und auf seine Veranlassung erfolgte die Gründung solcher Vereine auch in anderen Städten Oberhessens, die alle als Kristallisationspunkte für eine neue liberale, aber nichtdemokratische, Parteibildung dienten. Gleichzeitig steigerte sich der Widerwille gegen die Konkordatspolitik des Ministers von Dalwigk und gegen die Orthodoxie junger herrschsüchtiger evangelischer Prediger, welche in Marburg bei Vilmar in der Schule gewesen waren, und beim Adel in besonderer Gunst standen. Schaffung einer besseren

[1] Thudichum, F., Staatliche und kirchliche Zustände im Großherzogtum Hessen von 1850–1869 (in den Preußischen Jahrbüchern 24 S. 22—42. Januar 1869; von H. von Treitschke als „Dalwigkiade" bezeichnet).

Vertretung der evangelischen Gemeinden, überhaupt einer den Zeitbedürfnissen entsprechenden evangelischen Kirchenverfassung war an vielen Orten das nachdrückliche Verlangen des Volks. Ein von meinem Vater, dem Gymnasialdirektor Georg Thudichum verfaßter und 1862 gedruckter Verfassungsentwurf machte das Volk zum erstenmal mit dem zu erstrebenden Ziel näher bekannt, und hat für die im Jahre 1874 endlich gewährte Kirchenverfassung in vielen Punkten als Vorbild gedient.[1]

In einer recht kläglichen Verfassung befand sich die Rechtspflege. Zwar besaß das Großherzogtum seit 1841 ein recht gutes Strafgesetzbuch und seit 1837 und 1841 ein Forst- und Feldstrafgesetzbuch, aber für das bürgerliche Recht war hauptsächlich das römische Recht maßgebend, welches an der Universität Gießen ohne alle Rücksicht auf seine tatsächlich eingeschränkte Geltung gelehrt wurde; unterließ doch im Jahre 1850 der katholische Pandektist von Löhr niemals bei Besprechung der privilegia dotis nachdrücklich hervorzuheben, daß nur die „orthodoxe" Ehefrau diese Freiheiten anzusprechen habe, also nicht eine Ketzerin. Daneben galten noch mehrere Landrechte (vgl. oben S. 47) und nicht wenige neuere hessische Gesetze. Von diesen Landrechten und Gesetzen erfuhr der Student in Gießen so gut wie nichts, kein einziger besaß den Wortlaut, es gab auch gar keine wissenschaftlichen Bearbeitungen derselben, so daß die Referendare, oder wie sie schreckbarer Weise hießen, die „Hofgerichts-Sekretariats-Akzessisten" erst nach ihrem Eintritt bei den Gerichten sich eine notdürftige Kenntnis davon verschafften, häufig genug aber, wie das Hofgericht zu Gießen eines Tags entdecken mußte, sich gar nicht darum kümmerten, sondern nach gemeinem Recht verfuhren. Gar nicht selten war auch der Fall, daß man jahrelang über die Vorfrage prozessierte, ob eine althessische, Solmsische, Isenburgische, Hanauische Verordnung in einem Dorf eingeführt, verkündigt worden sei oder nicht.

Ebenso schlimm sah es mit dem Prozeß aus. Das Strafverfahren war schriftlich und heimlich und mit der Untersuchungshaft wurde ein entsetzlicher Mißbrauch getrieben, den Gefangenen kein Schutz gegen gröbste Mißhandlungen gewährt, wie der Prozeß Weidig gelehrt hatte. Als der Kriminalrichter Brill im Jahre 1848 sein Amt in Darmstadt antrat, traf er einen wegen Brandstiftung Angeschuldigten an, der sich seit 30 Jahren in Untersuchungshaft befand, wie ich aus dem Munde von Brill weiß. Dazu kam, daß die Gefängnisse bei den

[1] Thudichum, Gg., Kirchliche Bedenken III. Grundzüge einer evangel. Kirchenverfassung f. d. Großh. Hessen. Büdingen, Heller. Ich besitze aus dem Nachlaß meines Vaters zahlreiche an den Landesherrn gerichtete Petitionen für diese Reform, die zum Teil von allen Mitgliedern der Gemeinde unterzeichnet sind.

Landgerichten zum Teil sehr ungesund waren, und mehrfach Typhusseuchen Sträflinge wie Untersuchungsgefangene hinrafften. Die Einführung der Schwurgerichte im Jahre 1848 schaffte in schwereren Strafsachen für manche Übel Abhilfe, aber für die meisten Strafsachen blieb Schriftlichkeit und Heimlichkeit herrschend. Ein heiteres Kapitel aber ließe sich vom schriftlichen und heimlichen Zivilprozeß erzählen, von seiner Untauglichkeit zur Ermittlung der Wahrheit und der Unsterblichkeit der Prozesse, die ans Reichskammergericht erinnerte. Die Lehrbücher des alten sogenannten „gemeinen" deutschen Zivilprozesses bildeten die Grundlage des Verfahrens, und daneben war allen Gerichten des Landes die Befolgung der Zivilprozeßordnung für die Landgrafschaft Hessen-Darmstadt vom Jahre 1724 vorgeschrieben, eines jammervollen Gesetzeswerks, welches durch neuere Hessische Verordnungen in unzähligen Punkten abgeändert war, worüber sich der in der Praxis eintretende Akzessist nur mit unendlicher Mühe unterrichten konnte, da es kein Lehrbuch des Hessischen Zivilprozesses gab. Die Gebühren der Anwälte richteten sich hauptsächlich nach der Seitenzahl ihrer Prozeßschriften und die Schmierer, die es fertig brachten 100 und 200 Seiten in möglichst gespreitzter Abschrift zu liefern, jede zu 1 Gulden, verdienten am meisten, der gedrängt und übersichtlich Schreibende höchst wenig. Wenn im Hofgericht durch den bestellten Referenten solche grausige Klagen, Repliken, Dupliken vorgetragen wurden, las derselbe eine Anzahl von Stellen vor, die ihm erheblich erschienen und übersprang 30—50 Seiten mit dem Bemerken, daß sie gleichgültig seien und er das hohe Kollegium damit nicht aufzuhalten brauche. Als die kleinstaatlichen Regierungen aus Furcht vor Preußen für gut fanden, einige Reformen vorzunehmen, verkündigte das Ministerium von Dalwigk mit Hilfe seiner gefügigen Ständekammern neue Prozeßordnungen recht bedenklicher Art.

Seit 1866 und 1870 ist die Wetterau der Segnungen eines Bestandteils des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs teilhaftig geworden und es haben ihre Söhne in dem glorreichen Feldzug von 1870 Gelegenheit erhalten zu zeigen, daß trotz einer tausendjährigen politischen Ohnmacht der hessisch-fränkische Heldenmut in alter Kraft lebendig geblieben ist.

**Ferdinand Regelsberger**
Göttingen.

# Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Verweise im Text beziehen sich auf die am Fuße der Seiten stehende eigne Paginierung des Aufsatzes.

## § 1.

Daß der Besitz den Gegenstand einer der bestrittensten, wo nicht die bestrittenste Lehre des gemeinen Rechts bildet, war communis omnium doctorum et indoctorum opinio. Auch ist gegen die Richtigkeit des Satzes nichts einzuwenden. Nur irrt die gemeine Meinung, wenn sie den Grund allein oder auch nur überwiegend in der Beschaffenheit der römischen Rechtsquellen erblickt. Er liegt in erster Linie in der Beschaffenheit des Stoffs.

Oder nicht? Machen wir die Probe.

Das B.G.B. sagt in § 854: „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Was heißt tatsächliche Gewalt über einen offenen Acker? über eine Alpenweide? Wodurch wird die tatsächliche Gewalt über eine im Freien stehende Strohdieme erworben? oder über Baumstämme, die auf offenem Platz lagern?

Weiter: nach B.G.B. § 856 wird der Besitz dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in andrer Weise verliert. Doch soll durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt der Besitz nicht beendigt werden. Habe ich nun den Besitz an einem Buch verloren, das beim Umräumen in meiner Bibliothek verstellt wurde, so daß ich es trotz eifrigen Suchens nicht finde? Wie steht es mit dem Besitz des Geldtäschchens, das mir wenige Schritte vor meiner Wohnung beim Herausziehen des Taschentuchs entfallen ist, ohne daß ich es merkte? Auf die Schwierigkeiten, die von den §§ 855 und 868 heraufbeschworen sind, soll nur kurz hingewiesen werden.

Man sieht: der Zweifelsfragen sind auf dem Boden des neuen Rechts nicht weniger geworden. Und doch wird kein Einsichtiger gegen das B.G.B. wegen der Fassung der §§ 854 und 856 einen Tadel erheben. Sie konnte kaum besser getroffen sein. Hätte man sich auf das Gebiet der Kasuistik begeben, so wäre das Übel nur schlimmer geworden. Jede gesetzgeberische Regelung des Besitzes, jede wissenschaftliche Darstellung des Besitzrechts hat mit der Schwierigkeit zu

kämpfen, daß, um mit Papinian zu reden: possessio plurimum facti habet, anders ausgedrückt, daß sich das Besitzrecht mehr als ein andres Rechtsinstitut der Mannigfaltigkeit der tatsächlichen Erscheinungen anzuschmiegen hat. Darum gewähren hier allgemeine Formeln wenig Befriedigung. Daß die römische Jurisprudenz uns in der Prägung solcher Formeln gerade für das Besitzrecht überlegen war, kann man nicht sagen. Das „apiscimur possessionem corpore et animo" ist gewiß um nichts handhafter als unsere „Erlangung der tatsächlichen Gewalt." Aber darin unterscheiden sich die römischen Juristen von uns, daß sie der doktrinäre Panzer weniger einschnürte. In den Einzelentscheidungen bewegten sie sich mit nachahmungswerter Freiheit. An diese Entscheidungen muß sich daher halten, wer das Verständnis des römischen Besitzrechts gewinnen will.

## § 2.

Die mit dem Besitz einer Sache verknüpften Vorteile sind mannigfacher Art.

1. Der Besitz ermöglicht den wirtschaftlichen Genuß der Sache. Darauf läuft in letzter Linie alles Interesse der Menschen an der Sache hinaus. Darum stehn dem Eigentümer Rechtsmittel zu Gebot, um sich den Besitz der Sache zu verschaffen; darum ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer nicht bloß das Eigentum, sondern auch den Besitz der Sache als facultas fructus percipiendi zu gewähren (L. 13 § 21 A.E.V. 19, 1) u. a.

2. Der Besitz bildet vielfach ein Element im Tatbestand des Rechtserwerbs. Dieses Element ist bald der Erwerb des Besitzes, so beim Eigentumserwerb durch Okkupation und durch Tradition, bei der Begründung des Faustpfandrechts — bald der erworbene Besitz, so bei der Ersitzung, beim Fruchterwerb.

3. Der Besitz begünstigt die rechtliche Behauptung im Haben der Sache. Der Besitzer hat die vorteilhaftere Stellung im Eigentumsstreit; sie ist freilich im gemeinen Recht nicht bis zur Vermutung des Eigentums gesteigert, wie nach B.G.B. beim Besitz an beweglichen Sachen (§ 1006), und sie umfaßt noch weniger den weitgehenden Schutz, den B.G.B. § 986 gewährt (Kohler Arch. für bürg. Recht XVIII S. 90). Der Besitzer genießt ferner einen selbständigen rechtlichen Schutz in der doppelten Gestalt des Selbstschutzes und des Gerichtsschutzes.

4. Das Zurückbehaltungsrecht, dessen Endzweck nicht die Erhaltung im Besitz ist, sondern die Befriedigung eines bestimmten Anspruchs.

Der Besitz ist nun zwar ein Verkehrsgebilde, das unabhängig von Rechtsregeln entsteht und besteht. Indem aber die Rechtsord-

nung daran Wirkungen knüpft, stellt sie auch Anforderungen für die Anerkennung des Besitzes auf: das Recht hat seinen eigenen Besitztatbestand.

Ja noch mehr: der Besitztatbestand ist nicht für alle Rechtswirkungen derselbe. Zum Eigentumserwerb ist nur Eigenbesitz tauglich, der Besitzschutz geht darüber hinaus; der gerichtliche Besitzschutz hat einen andern Tatbestand als der Besitzselbstschutz. Daß man die Verschiedenheit in den Besitztatbeständen verkannte oder vielleicht richtiger, daß man sich diese Verschiedenheit nicht immer gegenwärtig hielt, hat manche Irrung in der Besitzlehre verschuldet. Aus der Verschiedenheit erklärt sich, wie schon nach römischem Recht mehrere Personen gleichzeitig an derselben Sache Besitz haben konnten, ohne daß sie Mitbesitzer waren (ungleichartiger Besitz Mehrerer an derselben Sache). An der verpfändeten Sache wurde dem Faustpfandgläubiger und dem Verpfänder Besitz zugeschrieben, jenem quoad interdicta, diesem quoad usucapionem (L. 16 de usurp. 41, 3); die actio ad exhibendum konnte nur gegen jenen angestellt werden (L. 16 cit.), aber als Besitzer, der von der Satisdationspflicht befreit war, galt er nicht (L. 15 § 2 qui satisdare cog. 2, 8), wie er auch nicht durch den ihm verpfändeten Sklaven erwarb (L. 37 pr. A.R.D. 41, 1 L. 1 § 15 i. f. de poss. 41, 2). Vgl. auch L. 15 § 4 de precario 43, 26 und dazu SAVIGNY Besitz § 11 D.

Im folgenden soll der Besitztatbestand für den gerichtlichen Besitzschutz einer genaueren Prüfung unterzogen werden.

## § 3.

Die Hauptform für den gerichtlichen Schutz des Besitzes bildeten bei den Römern die interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Sie sind, wenn auch ihrer prozessualischen Eigenart entkleidet, aus dem früheren römischen Recht in das justinianische und mit ihm in das gemeine Recht Deutschlands übergegangen; sie haben in den Besitzansprüchen des B.G.B.'s (§§ 861, 862) eine Verjüngung erfahren. Die Frage nach dem Tatbestand des gerichtlichen Besitzschutzes fällt daher für das römische Recht mit der Frage zusammen: welcher Besitz genießt den Schutz durch die genannten Interdikte? kürzer: welcher Besitz ist Interdiktenbesitz?

Die Ansichten gehn darüber weit auseinander, ja der Meinungsstreit war am Schluß des vorigen Jahrhunderts wieder lebhafter entfacht und hat bis heute keinen Austrag gefunden. An der Spitze der schroffsten Gegensätze stehn SAVIGNY und IHERING.

Die Antwort, die SAVIGNY in seinem berühmten Jugendwerk auf die Frage gegeben, hat Jahrzehnte die Besitzlehre beherrscht. Er führt aus: Normalerweise hat den Interdiktenschutz nur ein Be-

sitzer, der die Sache wie ein Eigentümer besitzt, d. h. mit dem Willen, ihr Herr zu sein (animo domini) oder sie für sich zu haben (animo rem sibi habendi). Jeder Besitzer, der einen andern als besser Berechtigten, als über ihm stehend anerkennt, besitzt die Sache nicht für sich, sondern für den andern (alieno nomine), mag er auch ein eigenes Interesse am Besitz haben. Jenen nennt SAVIGNY juristischen Besitzer, diesen Detentor. Nur ausnahmsweise aus Zweckmäßigkeitsgründen — meint SAVIGNY — sei gewissen Besitzern ohne den animus domini der Interdiktenschutz verliehen worden, nämlich dem Faustpfandgläubiger, dem Sequester, dem Prekaristen, dem Superfiziar. Sie leiteten den Schutz nicht aus dem eigenen Besitz her, sondern aus dem Besitz ihres Rechtsurhebers, ihr Interdiktenbesitz stelle sich als ein abgeleiteter dar (SAVIGNY, Recht des Besitzes § 9: „So hat z. B. der creditor den juristischen Besitz des Pfandes, obgleich er kein Eigentum ausüben will; denn der Schuldner, der den vollen Besitz der Sache hatte, hat ihm mit der Detention zugleich das jus possessionis übertragen.“)

Der schwache Punkt dieser Theorie liegt in der Erklärung des sogenannten abgeleiteten juristischen Besitzes. Die anomale Natur dieser Fälle wird in den Quellen mit keiner Silbe angedeutet; der Faustpfandgläubiger, der Sequester, der Prekarist werden geradeso possessores genannt wie der Inhaber einer Sache, der sie gekauft oder durch Schenkung erlangt hat. Man darf zwar kein großes Gewicht darauf legen, daß die Ausdrücke animus domini oder rem sibi habendi in den Quellen nicht vorkommen; aber daß der animus possidentis u. a. nur dem Eigenbesitzer zu- und dem Faustpfandgläubiger, Prekaristen usw. abgesprochen wurde, dafür fehlt jedes Zeugnis. Ein Inhaber hat die Interdikte nicht darum, weil er possessor ist, sondern er ist possessor, weil er die Interdikte hat.

Gegen die angeführten Bedenken haben sich auch grundsätzliche Anhänger des SAVIGNYschen Standpunkts nicht verschlossen; sie suchten durch eine andere Fassung des für den Besitzschutz maßgebenden Besitzwillens zu helfen, aber untereinander selbst wieder abweichend. Um nur einen dieser Versuche zu erwähnen, so verwirft MANDRY (Arch. für civ. Prax. LXIII S. 14 f.) den animus domini selbst in dem Sinn, sich Dritten gegenüber als Eigentümer behaupten zu wollen, und streicht aus dem rem sibi habendi das sibi; der sonach verbleibende Wille, die Sache zu haben, mache den Inhaber zum juristischen Besitzer, wenn dieser weder den juristischen Besitz eines andern fortsetzen noch einem andern solchen Besitz erwerben wolle.

Einen weitergehenden Schritt tat IHERING, er griff die SAVIGNYsche Theorie an der Wurzel an und stellte ihr die Sätze entgegen: Der Unterschied zwischen dem durch die Interdikte geschützten und dem nicht so geschützten Besitz liegt nicht in der Beschaffenheit des

Besitzwillens, dieser ist da wie dort derselbe, nämlich die Sache zu haben. Das römische Recht hat vielmehr grundsätzlich jeden Besitz mit dem Interdiktenschutz bekleidet und diesen nur aus besondern Gründen gewissen Besitzern versagt.

Der Ausführung dieses Grundgedankens in Verbindung mit einer eingehenden Kritik der Lehre SAVIGNYS ist das Buch von IHERING „Der Besitzwille" (1889) gewidmet; der Inhalt ist von ihm selbst zusammengefaßt in einem Artikel für das Handbuch der Staatswissenschaften, abgedruckt in IHERINGS Jahrbuch XXXII S. 41—98.

In dem ermüdenden Streit um den animus domini wirkte die schneidige Schrift IHERINGS wie Befreiung von einem Alpdruck. Zudem kam sie einem praktischen Bedürfnis entgegen. Aber unbefangene Prüfung machte doch bald zweifelhaft, ob das, was IHERING lehrt, dem römischen Recht entspricht. Vor allem erhob sich das Bedenken, daß der angebliche prinzipielle Standpunkt in den Quellen nirgends ausgesprochen, ja nicht einmal angedeutet ist. Ferner bilden die IHERINGschen „Ausnahmen" eine so stattliche Zahl, daß sie die Regel überflügeln. Und es ist IHERING nicht gelungen, überall für die angebliche Ausnahme eine befriedigende Erklärung zu geben. Denn man erwäge wohl: es gehört mehr dazu, jemand von einer allgemeinen Vergünstigung auszuschließen, als ihm eine von der Regel abweichende Vergünstigung nicht zu erteilen. Eine beachtenswerte Kritik hat an IHERINGS Ausführung WINDSCHEID geübt, mitgeteilt von KIPP in den von ihm besorgten Ausgaben des WINDSCHEIDschen Pandektenlehrbuchs § 148 Note 4a. Mir scheint, daß der historische Blick IHERINGS durch seine starke praktische Veranlagung getrübt wurde; der Wunsch war der Vater des Gedankens.

Sonach hat keiner von den beiden entgegengesetzten Standpunkten in den Quellen eine Stütze. Liegt vielleicht die Wahrheit in der Mitte? Ich glaube nicht. SAVIGNY und IHERING gehen von der Voraussetzung aus, daß sich der römische Besitzschutz aus einer einheitlichen Grundanschauung entwickelt habe und davon beherrscht werde. In dieser Voraussetzung irren sie. Das ist nun nachzuweisen.

## § 4.*

Der Schutz des Besitzes hat mit dem Schutz des Rechts das Ziel gemeinsam: Herstellung eines Friedenszustands in der Benutzung der Sache. Es läßt sich eine Zeit denken, wo es nur einen Schutz

* Die nachfolgende Auffassung berührt sich nahe mit den Darstellungen von PFLÜGER, Die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts (1891) S. 299 f., UBBELOHDE in GLÜCKS Pandektenkommentar, Serie der Bücher 43 und 44 Teil 5 (auch gesondert erschienen unter dem Titel „Die Besitzklagen Teil 1" 1896), KARLOWA Römische Rechtsgeschichte II S. 318 f. (1901).

des Rechts gab. Wenn dieser rasch verwirklicht werden kann, fehlt für einen besondern Schutz des Besitzes das Bedürfnis. Vgl. auch B.G.B. § 864 Abs. 2.

Auch im älteren Rom bestand kein besondrer Besitzschutz, obwohl der auf scharfe Sonderung der Rechtserscheinungen angelegte Sinn der Römer frühzeitig zur Trennung von Besitz und Eigentum geführt hatte. Es fehlte daher nicht wie im deutschen Recht des Mittelalters die Voraussetzung für einen solchen Schutz,[1] aber man fand mit dem Streit um das Eigentum das Auslangen. Dies änderte sich mit der Erweiterung des Staatsgebiets, mit der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse und mit der Überhandnahme eigenmächtiger Eingriffe in fremden Besitz. Jetzt drängte das Rechtsleben nach einem Schutz der verwirklichten tatsächlichen Herrschaft über eine Sache neben dem Schutz des Rechts an der Sache. Das römische Recht ist diesem Bedürfnis entgegengekommen, allerdings nicht mit einem Schlag, sondern stückweise, mit einer gewissen Zurückhaltung und mit Beschränkung auf das als notwendig erkannte. Der Besitzschutz hat in Rom zu keiner Zeit eine grundsätzliche Regelung erfahren, weder im Sinne von Savigny noch von Ihering; er tritt uns noch im neuesten römischen Recht als Stückwerk entgegen.

Die Überlieferung gibt uns keinen Aufschluß, wie sich die Entwicklung im einzelnen vollzogen hat. Aber die Natur der Dinge läßt folgenden Gang als wahrscheinlich erscheinen.

## § 5.

I. Der gerichtliche Besitzschutz hat mit dem Schutz des Eigenbesitzes begonnen, hier war das Bedürfnis am dringendsten. Es ist bezeichnend, daß ohne Einschränkung nur der Eigenbesitzer possessor genannt wird.

Indes so umfassend wie das Eigentumsrecht war der Eigenbesitz zu keiner Zeit geschützt. Zwar gegen eigenmächtige Bedrohung des Besitzstands reichte der possessorische Schutz durch die interdicta retinendae possessionis (uti possidetis und utrubi) so weit als die entsprechende petitorische actio negatoria. Dagegen gab es nicht für jeden Fall des unfreiwilligen Besitzverlusts eine possessorische Hilfe zur Wiedererlangung der Sache. Die eigens für diesen Zweck, recuperandae possessionis causa, aufgestellten Interdikte waren beschränkt hinsichtlich der Art des Besitzverlusts wie hinsichtlich des Gegenstands; sie wurden nur bei gewaltsamer Besitzentziehung gegeben, daher interdicta de vi, und nur wegen Entziehung des Be-

[1] E. Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht S. 66.

sitzes von Grundstücken (L. 1 §§ 3—8 de vi 43, 16). Allerdings griffen die interdicta retinendae possessionis einigermaßen ergänzend in den rekuperatorischen Besitzschutz ein. Vor allem das interdictum utrubi in seiner Gestalt im klassischen Recht, wonach der Obsieg im Besitzstreit an den Nachweis nicht des gegenwärtigen Besitzes, sondern des längeren Besitzes im letzten Jahr geknüpft war (Gai. IV 150—152), was unzweckmäßigerweise im spätern Recht geändert wurde (§ 4a J. de interd. 4, 15). Ja noch mehr: die rekuperatorische Wirkung war beim interdictum utrubi die einzig mögliche; denn bei beweglichen Sachen läßt sich eine die Beschwerde wegen Besitzverletzung begründende Handlung ohne Besitzentziehung nicht denken.[1] Übrigens war das ganze Interdikt auf den Sklavenbesitz zugeschnitten („Utrubi hic homo"; Gai. IV 160 L. un. utrubi 43, 31). Aber auch das interdictum uti possidetis (sowie das interdictum utrubi nach justinianischem Recht) führte zu einem Gebot der Herausgabe, wenn im Besitzprozeß der Besitz des derzeitigen Inhabers der Sache als fehlerhaft gegenüber der Gegenpartei erfunden war (Gai. IV 150, 151. L. 1 § 9 L. 3 pr. uti possid. 43, 17). Zwar war diese rekuperatorische Wirkung früher stark bestritten, wird aber jetzt überwiegend angenommen (Ubbelohde V S. 417 f.).

II. Was sich beim Eigenbesitz als zweckmäßig erwiesen hatte, sollte dies den andern Besitzern vorenthalten bleiben? zumal denen, die am Besitz der Sache ein eignes Interesse hatten wie die Pfandgläubiger, die Mieter, die Pächter u. ä? Dem Vermieter, Verleiher usw. fehlte vielleicht das Interesse, die Inhaber seiner Sache gegen Eingriffe dritter zu schützen; nun hatten manche dieser Inhaber kein Recht an der Sache, das sie gegen den Störer hätten verfolgen können, so die Mieter, Pächter, Kommodatare.

So sprach manches für die Ausdehnung des Besitzschutzes. Gleichwohl hat sie das römische Recht nur beschränkt vollzogen und wo es geschah, nicht überall auf die gleiche Art.

Von altersher galt eine allgemeine Schranke für die Verleihung des Besitzschutzes. In den Fällen, wo jemand eine Sache nicht als eigene inne hatte, sondern entweder ausschließlich oder wenigstens zugleich im fremden Interesse, konnte auf Grund des Besitzes der Sache nur einer der beiden Beteiligten den gerichtlichen Besitzschutz haben: hatte ihn der, cuius nomine possidetur (L. 18 pr. de poss. 41, 2), so fehlte er dem unmittelbaren Inhaber und umgekehrt. Ein doppelter Sachbesitzschutz, wie ihn das B.G.B. § 869 anerkennt, war nach römischem Recht ausgeschlossen. Dem Geschützten schreiben die Römer possessio zu, vom nichtgeschützten Inhaber heißt es: praestat alienae possessioni ministerium (L. 18 pr. cit.).

[1] Ubbelohde V S. 613/4, 709.

Die Festhaltung dieses Standpunkts hat zu verschiedenartiger Bildung des Besitzschutzes für Nichteigenbesitzer geführt.

1. Einigen von ihnen wurde der Interdiktenschutz in der gleichen Art gewährt, wie er für den Eigenbesitzer bestand, darum aber dem Eigentümer versagt. Diese Bevorzugung genossen die Faustpfandgläubiger, die meisten Prekaristen und gewisse Sequester. Warum gerade sie?

a) Für den Faustpfandgläubiger hat dies schon SAVIGNY (Besitz § 24) überzeugend dargetan.[1] Die formlose Hingabe einer Sache zur Sicherung einer Forderung war in Rom Jahrhunderte in Anwendung ohne Anerkennung des Verhältnisses im positiven Recht, lediglich gestützt durch das hohe Maß von Gewissenhaftigkeit (fides), das den ältern römischen Verkehr auszeichnete. Aber diese Stütze verlor allmählich an Kraft, die Lage der Gläubiger wurde gefährdet und das Bedürfnis nach Rechtsschutz dringend. Die erste Abhilfe gewährte die Verleihung der Besitzinterdikte an den Faustpfandgläubiger. Einmal entstanden hat sie sich erhalten, auch nachdem der vollkommnere Schutz durch actio in rem aufgekommen war.

b) Die widerrufliche unentgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch (precarium) begründete für den Empfänger kein Recht an der Sache. Er war somit nicht nur der Willkür des Verleihers preisgegeben, was in der Natur des Verhältnisses lag, sondern auch den Eingriffen dritter. Zwar konnte ihn der verleihende Eigentümer mit seinem Arm decken. Allein die Beschränkung des Prekaristen auf diesen Schutz hätte dem im alten Rom verbreiteten Verhältnis den Boden untergraben. Wenige Eigentümer würden sich zur Begründung eines Prekarium entschlossen haben, noch weniger ein begründetes aufrecht erhalten, wenn sie trotz des Verzichts auf jeden Nutzen aus der Sache für den ungestörten Besitz des Prekaristen hätten einspringen sollen. Darum griff der Prätor ein durch Verleihung der Besitzinterdikte an den Prekaristen, selbstverständlich nur gegen Dritte, nicht gegen den Verleiher (L. 4 § 1 L. 17 de precar. 43, 26). Ein Schutzbedürfnis fehlte bei solchen Prekaristen, die nur die Erlaubnis zum Verweilen auf dem Grundstück erbeten und erhalten hatten (L. 6 § 2 L. 21 cod. L. 10 § 1 de poss. 41, 2).

c) Der Interdiktenschutz des Sequester, vom praktischen Standpunkt wohl die wenigst wichtige Ausdehnung, setzt dem heutigen Verständnis die meiste Schwierigkeit entgegen. Die Schwierigkeit bereitet nicht sowohl, daß er dem Sequester erteilt, als vielmehr, daß er nicht jedem Sequester erteilt wurde, was doch bestimmt bezeugt ist (Jul. L. 39 de poss. 41, 2, durch die von Sequestration schlechthin redende L. 17 depos. 16, 3 — Flor. — nicht widerlegt).

[1] Dazu UBBELOHDE V S. 493 f. Vgl. auch SCHIRMER Ztschr. d. Sav.-Stift. XI S. 91.

Die Erklärung wird erleichtert, wenn wir uns die Sachlage vergegenwärtigen: Es bestand über eine Sache ein Eigentums- oder Besitzstreit, die Parteien kamen überein, daß die Sache für die Dauer des Prozesses bei einem Dritten hinterlegt werde (L. 17 pr. depos.). Zu welchem Zweck? Zunächst wohl, um der nichtbesitzenden Partei für den Fall des Obsiegs die Erlangung der Sache zu sichern. Aber dieser Partei drohte noch eine andere Gefahr. Durch die Hingabe einer Sache zur Verwahrung hörte der Hinterlegende der Regel nach nicht auf, possessor zu sein (L. 17 § 1 cod.). Die Fortdauer des Besitzes während des Prozesses konnte aber zur Vollendung der Ersitzung oder zu einer sonstigen der nichtbesitzenden Partei nachteiligen Verschiebung des Besitzstands führen (beim interdictum utrubi nach klassischem Recht). Um auch dieser Gefahr vorzubeugen, konnte das Übereinkommen dadurch verstärkt werden, daß der bisherige Besitzer der Streitsache mit deren Hinterlegung den Besitz aufgab. Julianus (L. 39 poss.) bezeichnet dies so: im erstern Fall werde custodiae causa, im zweiten possessionis omittendae causa hinterlegt. Vermutlich bildete die verstärkte Sequestration die überwiegende Erscheinung; das würde erklären, warum Florentinus (L. 17 depos.) nur ihrer gedenkt. Und nur für diese Sequestration erwies sich die Erteilung der Interdikte an den Sequester als Bedürfnis. Der bisherige Besitz hatte mit der Hinterlegung aufgehört; sollte die Sache während des Rechtsstreits schutzlos bleiben? (Brinz Pand. 2. Aufl. § 317 S. 603—605, Ubbelohde a. a. O. S. 497—506, 578—580.)

2. Auf einem andern Weg wurde ein possessorischer Schutz für den Inhaber einer Sache geschaffen, der sie als Nießbraucher besaß. Hier konnte man sich nicht dazu entschließen, die für den Sachbesitz eingeführten Interdikte zu geben und dadurch den Eigentümer des Besitzschutzes zu berauben (vgl. S. 9). Die Aushilfe bot die Auffassung, daß die tatsächliche Ausübung des Nießbrauchs ein Verhältnis des Ausübenden zur Sache begründe, das gegen eigenmächtige Eingriffe anderer zu schützen sei. Auf den usus juris, nicht auf den Besitz der Sache, possessio) stützte sich der Anspruch des Usufruktbesitzers auf possessorischen Schutz. Darum wurde ihm an der Sache nur naturalis possessio, wir sagen Detention, zugeschrieben gleich dem Mieter und Pächter (L. 6 § 2 de precar. 43, 26; Gai. II § 93). Darum lauteten die Interdiktsformeln für den Usufruktbesitzer nicht auf possidere, sondern auf uti frui, nicht auf dejicere, sondern auf prohibere uti frui (Fr. Vat. §§ 90, 91; L. 3 §§ 13—17 de vi 43, 16.) Auf gleiche Weise wurde der possessorische Schutz dem Usuar vermittelt (L. 3 § 16 de vi 43, 16 L. 27 de donat. 39, 5).

So gab es schon nach römischem Recht einen possessorischen Schutz an derselben Sache für Mehrere auf Grund verschiedenartigen Besitzes (L. 4 uti possid. 43, 17), ein Vorgang für den Schutz des un-

mittelbaren und des mittelbaren Besitzes nach B.G.B., jedoch mit dem Unterschied, daß die Grundlage des heutigen Besitzschutzes da wie dort der Sachbesitz ist, nach römischem Recht dagegen, um mit L. 23 § 2 ex quib. caus. 4, 6 zu reden, für den einen fundi possessio, für den andern ususfructus quasi possessio.

3. Im Gegensatz zum Mieter und Pächter genoß der Superfiziar possessorischen Schutz, obwohl sein Verhältnis zur Sache ursprünglich immer und später in der Regel auf locatio conductio beruhte. Dieser Schutz wurde verwirklicht gegen Störungen in Benutzung des Gebäudes durch ein dem interdictum uti possidetis nachgebildetes besonderes interdictum de superficiebus (L. 1 pr. § 2 de superfic. 43, 18) und wegen Vertreibung vom Grundstück durch ein interdictum de vi (L. 1 § 5 de vi 43, 16). Dieses Interdikt war allem Vermuten nach utiliter gefaßt.[1] Vom interdictum de superficiebus ergibt die Überlieferung, daß es nicht auf fundum possidere lautete, sondern auf frui superficie ex lege locationis sive conductionis, so daß daneben für den Besitzschutz des Bodeneigentümers Raum blieb, selbst gegen den die vertragsmäßige Gebrauchsgrenze überschreitenden Superfiziar, wie aus der im übrigen schwierigen L. 3 § 7 uti possidetis 43, 17 hervorgeht (dazu Ubbelohde V S. 511 f.).

Mit diesem Tatbestand beschied sich die römische Jurisprudenz. Erst die neueren führen einen lebhaften, aber wenig fruchtbaren Streit, ob das Besitzverhältnis des Superfiziars der corporis possessio oder der juris quasi possessio beizuzählen sei.[2] Meines Erachtens scheitert die erstere Annahme schon an dem Umstand, daß der dominus soli das interdictum uti possidetis hatte, wodurch der Schutz eines zweiten Sachbesitzes ausgeschlossen war (S. 9). Übrigens fehlt es auch nicht an der Behauptung, daß das interdictum de superficiebus weder possessorisch noch quasipossessorisch gewesen sei (Adolf Schmidt in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung Rom. Abt. XI S. 147).

Größeres Interesse beansprucht die Frage, warum dem Superfiziar der Besitzschutz zuteil geworden ist, während er dem gewöhnlichen Mieter versagt blieb. Ulpian führt in L. 1 § 1 de superf. an: melius est possidere potius quam in personam experiri. Aber das gilt von jedem Mieter. Das noch unaufgeklärte: incertum est, an locati existeret in L. 1 § 1 cit.[3] enthält schwerlich etwas durch-

[1] Ubbelohde V S. 12 f. und die daselbst in Note 15 g. angeführten; abweichend Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II S. 1267.

[2] Darüber berichtet Ubbelohde a. a. O. S. 507 f.

[3] Lenel Z. d. Sav.-Stift. Rom. Abt. I S. 91 will durch Textänderung helfen: locati in locator. Das paßt nicht auf den Staat und die Gemeinden als Begründer der Superfizies.

schlagendes. Der Grund muß in der Eigenart des superfiziarischen Verhältnisses gesucht werden, er liegt nicht fern. Den ursprünglichen und auch später überwiegenden Fall hat die Miete einer Bodenfläche zur Errichtung eines Gebäudes gebildet (PAUL L. 18 § 4 damni inf. 39, 2 Gai. L. 2 de superf. und die Bezeichnung des Entgelts mit solarium). Ein solcher Mieter mußte, um den angestrebten Genuß zu erzielen, mindestens größere Kapitalsverwendungen machen als sie bei der gewöhnlichen Miete vorkommen; er war daher mit dem Grundstück stärker verbunden. Dazu kam, daß auch die Bodeneigentümer an der Beleihung ihrer Superfiziare mit einem gegen dritte Störer wirksamen Rechtsmittel ein Interesse hatten, um nicht selbst mit der Fürsorge für deren Schutz in der ungestörten Benutzung des Gebäudes behelligt zu werden. All dies war für den Prätor Anlaß genug, diese Verhältnisse unter besonderen Schutz zu stellen.

## § 6.

Hiermit schloß im römischen Recht der gerichtliche Schutz des Sachbesitzes ab. Es werden zwar von den neuen Juristen manche Erweiterungen behauptet. Eine genauere Prüfung erweist diese Annahme als unhaltbar.

1. Nahezu für selbstverständlich erachten viele die Ausdehnung des possessorischen Schutzes auf das Innehaben eines Grundstücks zur Ausübung der Emphyteuse; sie sind nur über den Grund des Schutzes nicht einig, ob Sach- oder Rechtsbesitz. Bewußt oder unbewußt war hierbei die Verwandtschaft zwischen dem superfiziarischen und dem emphyteutikarischen Recht bestimmend. Allein vergessen wir nicht: die Einführung des Besitzschutzes entstammte nirgends theoretischer Erwägung, sondern dem Antrieb des praktischen Lebens. Betrachten wir die Frage über die Ausdehnung aus diesem Gesichtspunkt, so tritt uns sofort die Tatsache entgegen, daß für den Erbpächter eines öffentlichen Grundstücks das Bedürfnis nach possessorischem Schutz durch das interdictum de loco publico fruendo gedeckt war. Die erbliche Verpachtung von Privatgrundstücken fand aber größere Verbreitung in Italien erst in einer Zeit. wo der Bildungstrieb im Gebiet des Rechts erlahmt war (MITTEIS, Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum, Sonderabdruck aus den Verhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften S. 6ff.; IHERING, Der Besitzwille S. 370ff.; UBBELOHDE V S. 507). Mit dem positiven Beweis aus den Quellen steht es schlimm. Man hat dafür die L. 15 qui satisdare cog. 2,8 (Macer) angezogen. Mit Unrecht. Der Jurist untersucht hier, wer als possessor im Sinne des Privilegs der Kautionsbefreiung anzusehen sei. Er schließt einerseits den Faustpfandgläubiger aus, der doch den Besitzschutz genoß, und schließt

andrerseits die Ehefrau ein, si fundus in dotem dotus vit, obwohl sie am Dotalgrundstück keinen Besitz hatte. Wenn nun für diese besondere Frage der Jurist den Emphyteuta den possessores beizählt, so berechtigt dies zu keinem Schluß auf das Besitzverhältnis des Emphyteuta im allgemeinen.

2. Cuiacius (Observ. I 20, XIX 16) hat die Behauptung aufgestellt, daß die spätere Kaisergesetzgebung ein Besitzrechtsmittel gegen die ohne Gewalt vollzogene Besitzentziehung geschaffen habe, die actio momenti, auch actio momentaneae oder momentariae possessionis. Die Ansicht wurde von Savigny (Besitz § 43) bekämpft und dann allgemein aufgegeben. Ihering (Besitzschutz 2. Aufl. S. 104, Besitzwille S. 452 Note 3) hat sie wieder aufgenommen, damit aber mehr Widerspruch als Beifall gefunden.[1] In der Tat ruht die Annahme auf schwacher Grundlage. Momentum bedeutet in der Rechtssprache seit Constantin den augenblicklichen Besitz wie momentanea possessio (Fitting, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XI S. 433). Der Wechsel in der Bezeichnung, der übrigens in den Justinianischen Rechtsquellen wieder aufgegeben ist, hängt vielleicht mit der Änderung des Verfahrens zusammen. Die actio momenti ist daher nichts andres als die Besitzklage. (Bruns, Besitzklagen S. 84ff., Ubbelohde V S. 662ff., Randa, Besitz § 7a Note 10.) Kniep, Vacua possessio I S. 464.

3. Manche Juristen (z. B. Ihering, Besitzwille S. 451ff.) haben einer Verordnung Constantins (c. 1 si per vim 8, 5) die Erweiterung des Besitzschutzes über den Kreis der possessores hinaus auf andere Inhaber der Sache zugeschrieben. Richtig ist, daß in dieser Konstitution eine Anzahl von Inhabern eines Grundstücks in Abwesenheit des Besitzers für befugt erklärt werden, bei Gericht die Wiederherstellung des früheren Besitzstandes zu beantragen, wenn sie von einem Dritten aus dem Grundstück vertrieben waren. Als hierzu ermächtigte Inhaber sind genannt die Verwandten des Besitzers, seine Freunde, Pächter, Freigelassenen, Sklaven. Die Aufnahme der Sklaven unter die Antragsberechtigten zeigt, daß es sich um eine Rechtsbetreibung im Namen des Eigenbesitzers und auf Grund seines Besitzes handelt, nicht um die Geltendmachung eignen Besitzes des Antragstellers.

## § 7.

Das Bild, das uns aus dem gegebenen Umriß des Besitzschutzes im römischen Recht entgegentritt, bestätigt die früher behaupteten Eigentümlichkeiten dieser Rechtsbildung. Die Grundlage des gerichtlichen Sachbesitzschutzes war nicht einheitlich. Dem Eigen-

[1] Zugestimmt hat Bähr Iherings J. XXVI S. 278; nicht unfreundlich stellt sich dazu Brinz, Pand. 2 § 183 Note 25—27.

besitz wird der Besitz des Faustpfandgläubigers, des Prekaristen, des Sequester als gleich schutzberechtigt behandelt. Der Schutz des Nießbrauchers, des Usuars und wohl auch des Superfiziars wird auf Rechtsbesitz gebaut. Die Anerkennung eines besondren Besitzschutzes vollzog sich ruckweise, wobei man bald diesen, bald jenen Besitz hervorkehrte, wie es die Einfügung zweckmäßig erscheinen ließ. Zu einer grundsätzlichen Abrundung ist die Entwicklung bei den Römern nicht gediehen (übereinstimmend MEISCHEIDER, Besitz und Besitzschutz S. 27, und UBBELOHDE V S. 487).

Bemerkenswert ist ferner die Zurückhaltung in der Erteilung des Sachbesitzschutzes, eine Erscheinung, die sich auf dem Gebiet des Rechtsbesitzes beim Schutz der Grunddienstbarkeiten wiederholt. Nicht bloß denen, die eine Sache nur im fremden Interesse innehatten, war der Besitzschutz versagt, mit Ausnahme des Sequesters sondern auch nicht wenigen Besitzern zu eignem Nutzen. Am auffälligsten erscheint uns dies bei den Mietern und Pächtern; aber gerade für sie wird in den Quellen mit einer gewissen Geflissentlichkeit hervorgehoben, daß sie keine possessores seien, daß nicht ihnen die Besitzinterdikte zukommen, sondern dem Vermieter oder Verpächter, und zwar diesen selbst gegen ihren Mieter oder Pächter (L. 37 de pign. act. 13, 7 L. 19 pr. L. 21 § 3 L. 25 § 1 L. 37 de possess. 41, 2 L. 3 § 3 uti possid. 43, 17 u. a.).

Neuere haben aus dieser Ordnung des Besitzverhältnisses gefolgert, daß der Vermieter oder Verpächter seinen Mieter oder Pächter unter dem Schutz des Gerichts jederzeit nach Willkür habe an die Luft setzen können.[1] Darin liegt zum mindesten eine Übertreibung. Aus L. 3 § 3 uti possid. 43, 17 (Ulp.) ersehen wir, daß der Vermieter mit dem interdictum uti possidetis den Zutritt zu dem vermieteten Haus nur aus triftigem Grund erzwingen konnte, z. B. zur Ausführung einer Reparatur, nicht um den Mieter zu verdrängen. Nach L. 12 de vi 43, 16 und L. 20 de possess. 41, 2 (Marcellus) war das interdictum de vi dem Verpächter gegen den Pächter, dem Kommodanten gegen den Kommodatar versagt, wenn dieser der Aufforderung des Verpächters, den Käufer des Pachtgrundstücks zur Vollziehung der Tradition in das Grundstück zuzulassen, aus einem billigenswerten Grund die Folge verweigerte. Man vergleiche dazu c. 3 de locato 4, 65 (anno 214).

---

[1] Den stärksten Ausdruck hat diesem Gedanken ZIEBARTH, Die Realexekution und die Obligation S. 16 gegeben. Ihm ist schon sein Rezensent DEGENKOLB, Krit. V.J., Schr. IX S. 227 entgegengetreten, noch entschiedener WENDT, Iherings J. XXI S. 237 ff., W. MARQUARDT, Über das Verhältnis des conductor zum locator der Sache (Göttinger Diss. 1888), IHERING, Besitzwille S. 435 ff., UBBELOHDE V S. 449 ff., 494. Andrer Meinung wieder, aber nicht überzeugend PERNICE, Z. der Sav.-Stift. R. A. XIX S. 95 ff. und KNIEP, Der Besitz nach B.G.B. S. 119.

Aber das ist richtig: gegen einen Dritten, von dem der Pächter aus dem Grundstück, der Mieter aus der Wohnung vertrieben war, stand ihnen eine unmittelbare Gerichtshilfe nicht zu Gebote, sie waren auf die Vermittlung des Schutzes durch den Verpächter oder Vermieter angewiesen, und wenn diese versagt wurde, auf den Ersatzanspruch aus dem Vertragsverhältnis. Nur wegen gewisser sonstiger Schädigung konnte der Pächter den Täter unmittelbar belangen mit dem interdictum quod vi aut clam oder mit actio legis Aquiliae (L. 27 § 14 ad leg. Aquil. 9, 2 L. 12, 19 quod vi aut clam 43, 24). Den römischen Juristen erschien diese Regelung des gerichtlichen Schutzes für Mieter, Pächter, Kommodatare so selbstverständlich, daß, wenigstens nach der Überlieferung, nicht einer den Versuch machte, eine Rechtfertigung zu geben. Dagegen haben dem Grund die Neueren nachgeforscht, sind aber über wenig befriedigende Ergebnisse nicht hinausgekommen.[1] Es steht nur eines fest: in Rom wurde ein Bedürfnis nach Ausdehnung des Interdiktenschutzes auf die Mieter und Pächter nicht empfunden.

Des possessorischen Schutzes entbehrten nach den Quellen auch die Inhaber von Sachen, die vom Prätor sicherungs- oder verwahrungshalber in den Besitz eingewiesen waren (L. 3 § 23 L. 10 § 1 de poss. 41, 2 L. 15, 9 quod legat. 43, 3 L. 3 § 8 uti possid. 43, 17). Ihnen stand aber ein andrer Schutz zur Seite, namentlich das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit (L. 1 pr. § 2, 8 L. 4 pr. ne fis fiat ei 43, 4 Ubbelohde V S. 487 ff.).

## § 8.

Nach den gegebenen quellenmäßigen Feststellungen wird sich der Satz nicht mehr halten lassen, daß nach römischem Recht grundsätzlich jedem Besitz der Interdiktenschutz zukam und daß nur in den Fällen eine Ausnahme bestand, wo dies bestimmt bezeugt ist. Das Gegenteil ist richtig. Wir müssen uns hüten, in das römische Recht hineinzutragen, was uns für das heutige wünschbar erscheint.

Es ist zuzugeben, daß demnach der römische Besitzschutz sozusagen ästhetisch keinen günstigen Eindruck macht; er ist kein Werk aus einem Guß. Aber trotzdem, daß uns nur lose Stücke entgegentreten, ohne innern Zusammenhang, beobachten wir in der römischen Jurisprudenz kein Schwanken in der Frage, ob ein Sachinhaber possessor im Sinne des Interdiktenschutzes ist. Mit wünschenswerter Sicherheit wird von der einen Gruppe von Sachinhabern gesagt: possident, von der andern non possident. Man vergleiche z. B. L. 9 R. V. 6, 1.

[1] Ihering, Besitzwille S. 101 ff., 431 ff., wozu Ubbelohde V S. 491 zu vergleichen ist; ferner Pernice a. a. O. S. 89–97.

Um die Enthaltsamkeit der Römer in der Verleihung des gerichtlichen Besitzschutzes gerecht zu würdigen, darf man nicht übersehen, daß, wie Bruns (Besitzklagen S. 217) sagt, „der Schutz des Besitzes ein zweischneidiges Schwert ist, das, je mehr man es schärft, um so leichter nicht bloß wohltätig, sondern auch schädlich wirken kann. Das Absehen beim Schutz des Besitzes von jedem Recht auf den Besitz hat einerseits die wohltätige Folge, daß die wirklich Berechtigten die Besitzklagen benützen können, um leichter und schneller zum Genuß ihres Rechts zu kommen, als es bei der petitorischen Klage möglich ist; andrerseits wird aber dadurch auch den Besitzern ohne ein Recht auf den Besitz ein Schutz ihres widerrechtlichen Besitzes ermöglicht."

## § 9.

Mit der vorstehenden Erörterung soll nicht der Gedanke vertreten werden, daß die dem Besitzschutz im römischen Recht gezogene Grenze für alle Völker und für alle gesellschaftlichen und staatlichen Verhältnisse angemessen sei. Die geschichtliche Erfahrung ergibt das Gegenteil. Während in England die aus älterem Recht stammenden Besitzklagen im Verschwinden begriffen sind,[1] erwies sich in den Staaten, die nach Untergang des weströmischen Reichs auf ehemals römischem Boden entstanden, der in den römischen Rechtsquellen gebotene Besitzschutz als unzureichend. Beim Mangel einer starken Staatsgewalt beeinträchtigten Eigenmacht und Gewalttätigkeit den Besitzstand in schwerer Weise. Mit Unterstützung der kirchlichen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit erweiterte sich der gerichtliche Besitzschutz in sachlicher und persönlicher Richtung; er wurde erteilt gegen jede eigenmächtige Entziehung von Sachen, von beweglichen nicht minder als von unbeweglichen, und jedem Inhaber, der die Sache nicht ausschließlich im fremden Interesse besaß, so daß auch der Mieter, der Pächter, der Kommodatar des Besitzschutzes teilhaftig wurden. An dieser Ausdehnung hielt man in Deutschland bei und nach Übergang des römischen Rechts fest.

Auch für das Gebiet des Rechtsbesitzes drängte eine starke Strömung nach Ausdehnung. Indes gelangte hier die Entwicklung zu keinem festen Abschluß, hauptsächlich, weil sie sich nicht innerhalb der berechtigten Grenzen hielt. Es machte sich der Mangel der die römische Rechtsbildung auszeichnenden Selbstzucht geltend. Zwar war die Erstreckung des quasipossessorischen Schutzes auf solche Grunddienstbarkeiten gerechtfertigt, die in den damaligen

[1] Heymann in der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 822.

Ländern eine ebenso hohe wirtschaftliche Bedeutung hatten wie die Wege- und Wasserservituten. Ferner fand, von deutschrechtlichen Anschauungen gefördert,[1] der Rechtsbesitz eine berechtigte Anerkennung an allen dinglichen Rechten, die aktiv oder passiv mit dem Besitz eines Grundstücks verbunden waren, vor allem an den Reallasten. Aber dabei blieb die Rechtsentwicklung nicht stehen. Nach Vorgängen im kanonischen Recht wurde der Zusammenhang des Besitzschutzes mit der tatsächlichen Ausübung eines Sachenrechts gelöst und der allgemeine Begriff der tatsächlichen Ausübung eines Rechts überhaupt unterstellt. Jedes Recht, das eine wiederholte Ausübung zuließ, wurde für besitzfähig erklärt. So gelangte man zu einem Besitz an der Ehe, an der väterlichen Gewalt, an den Standesrechten, am Adel, am Doktortitel u. a.[2]

An Widerspruch gegen diese Überspannung des Besitzbegriffs hat es zwar zu keiner Zeit gefehlt, einen nachhaltigen Erfolg hat mit der Bekämpfung erst SAVIGNY in seinem Werk über das Recht des Besitzes (erste Auflage 1803) erzielt. Es ist gegen SAVIGNY der Vorwurf erhoben worden, er habe den Besitzbegriff und den Besitzschutz auf die im römischen Recht gezogenen Grenzen zurückschrauben wollen unter Mißachtung der spätern Rechtsentwicklung. Der Vorwurf ist in dieser Allgemeinheit nicht gerechtfertigt. SAVIGNY hat in den §§ 49 und 50 des angeführten Werks zu den damals herrschenden Anschauungen über Besitz und Besitzschutz in folgender Weise Stellung genommen: er erkannte die Erstreckung des quasipossessorischen Schutzes auf alle Grunddienstbarkeiten als berechtigt an; er erblickte ferner nur „eine natürliche und folgerichtige Fortbildung der römischen Besitzgrundsätze" in der Anwendung auf solche kirchlichen und weltlichen Rechte, die sich in nachrömischer Zeit in Verbindung mit dem Besitz und Genuß von Grund und Boden herausgebildet hatten, also auf kirchliche und weltliche Hoheitsrechte und insonderheit auf die deutschrechtlichen Reallasten; er räumte ein, daß nach dem neuern Recht mit der Besitzklage wegen widerrechtlicher Entziehung des Besitzes auch der dritte unredliche Besitzer belangt werden könne. Wogegen er aber entschiedenen Widerspruch einlegte, das war die Ausdehnung des Besitzbegriffes auf Familienrechte und Obligationen. Und wie berechtigt dieser Widerspruch war, hat die neueste Gesetzgebung bestätigt. Richtig ist nur, daß sich SAVIGNY auch gegen die Erteilung des Besitzschutzes an solche Detentoren sträubte, die ihn nicht schon im römischen Recht genossen haben, namentlich an Mieter, Pächter, Kommodatare.

[1] HEUSLER, Institutionen des deutschen Privatrechts I S. 336ff.

[2] BRUNS, Das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 171, 191, 239, 275, 406.

Übrigens hatte SAVIGNY einen vollen Erfolg doch nur bei den Theoretikern seiner Zeit zu verzeichnen. Die Rechtsprechung hielt zum nicht geringen Teil an der früheren Ausdehnung fest, aber auch darin nicht einhellig. Da sich auch in der späteren gemeinrechtlichen Theorie die Gegner des SAVIGNYschen Standpunkts mehrten, BRUNS, IHERING, BÄHR u. a., so bot die Besitzlehre des gemeinen Rechts in den letzten Jahrzehnten seiner Geltung ein wenig erquickliches Bild. Doch läßt sich die Richtung erkennen, der die Rechtsentwicklung zustrebte: einerseits Beschränkung des Besitzschutzes auf die tatsächliche Ausübung von Rechten an Sachen und von solchen Rechten, die mit dem Besitz von Grundstücken verbunden sind; andrerseits Erstreckung des Besitzschutzes auf alle Besitzer, die die Sache entweder ausschließlich oder wenigstens zugleich im eigenen Interesse innehaben, oder zwar nur im fremden Interesse, aber in Ausübung eines selbständigen Verwaltungsrechts.

## § 10.

Als die zur Schaffung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs berufenen Organe an die Regelung des Besitzschutzes traten, sahen sie sich vor die zwei Fragen gestellt: Welche Besitzverhältnisse sollen selbständigen Rechtsschutz erhalten? Auf welche Weise soll der Schutz verwirklicht werden? Es sind die Fragen nach dem Gegenstand und nach der Art des Besitzschutzes.

Für die Beantwortung der ersten Frage bot das gemeine Recht nach der geschilderten Entwicklung nicht den Boden, der geeignet war, darauf einen Neubau aufzuführen. War es doch damals schwer zu sagen, was geltendes Recht ist. Hier mußten die gesetzgebenden Organe Pfadfinder sein. Anders verhielt es sich mit der Lösung der zweiten Aufgabe. Hiefür fand sich im römischen Recht ein brauchbares Vorbild; es kam nur darauf an, die römischen Besitzrechtmittel teils von Schlacken zu befreien, die sich in der nachrömischen Zeit daran gehängt hatten, teils deren Aufgabe noch folgerichtiger zur Geltung zu bringen.

## § 11.

Nach den trüben Erfahrungen, die man im gemeinen Recht mit der Einschränkung des Schutzes der Sachinhabung gemacht hatte, lag die Versuchung nahe, den rechtlichen Schutz auf jede Sachinhabung auszudehnen. Es ist nicht zum wenigsten den eindringenden Erörterungen von STROHAL (IHERINGS J. XXIX S. 336 ff., XXXI S. 1 ff.) zu danken, daß diese Überspannung des Besitzschutzes nicht im Gesetz festgelegt wurde. Eine Musterung der Sachinhaber nach ihrem Interesse an der Inhabung weist eine Abstufung auf von dem, der

die Sache nur im eignen Interesse innehat, dem Eigenbesitzer, zu dem Inhaber, bei dem eignes und fremdes Interesse an der Inhabung verbunden sind, dem Nutzbesitzer, und von diesem zu dem Inhaber in ausschließlich fremdem Interesse. Unter den letztgenannten Inhabern sondert sich eine Gruppe durch das Merkmal ab, daß sie in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache nach der Anschauung des praktischen Lebens völlig von den Entschließungen eines andern abhängig sind vermöge der besondern rechtlichen Stellung zu ihm; dieser kann ihnen jederzeit willkürlich die Sache aus den Händen nehmen, ohne daß dies in der Gemeinschaft als Verletzung empfunden wird. In der Volksauffassung gilt nicht der Dienstbote als Besitzer der ihm zur Verrichtung seiner Dienste übergebenen Haus- und Wirtschaftsgeräte, nicht der Gewerbegehilfe als Besitzer des Handwerkzeugs, nicht der Beamte als Besitzer der Ausstattungsgegenstände in der Amtsstube, sondern die Dienstherrschaft, der Gewerbeherr, der die Ausstattung Beschaffende, sei es der Staat, eine Körperschaft oder eine Privatperson. Die unselbständige Inhabung gegen Eingriffe Dritter zu schützen, fehlt das Bedürfnis; nicht der Inhaber wird dadurch in seinem Interesse getroffen, sondern der Besitzherr. Der Schutz der unselbständigen Inhabung gegenüber dem Besitzherrn würde den Lebensnerv des Verhältnisses verletzen, in dem der Inhaber zum Besitzherrn steht; selbst das Zurückbehaltungsrecht muß jenen versagt bleiben.

Dieser Erwägung hat das B.G.B. dadurch Ausdruck verliehen, daß es in solchen Abhängigkeitsverhältnissen den Besitz nur dem Herrn zuschreibt und damit in der unselbständigen Inhabung einen Besitz nicht anerkennt (§ 855). Damit steht nicht im Widerspruch, daß nach § 860 der unselbständige Inhaber befugt ist, sich zum Schutz der in seinen Händen befindlichen Sachen der verbotenen Eigenmacht Dritter mit Gewalt zu erwehren; denn er hat diese Befugnis zur Verteidigung fremden Besitzes, nicht des eignen. Das römische Recht ging, wie früher erwähnt (S. 14), in dieser Richtung noch weiter und gestattete gewissen Nichtbesitzern sogar eine prokuratorische Klagerhebung.[1]

Mit dieser Ordnung des Besitzschutzes hat das B.G.B. einen grundsätzlichen Boden geschaffen und die Rechtsanwendung aus der Unsicherheit herausgehoben, in der sie sich nach gemeinem Recht befand. Dieses Verdienst wird dadurch nicht geschmälert, daß über die Zuteilung der Inhabungsverhältnisse im einzelnen Zweifel bleiben. Das bringt die Mannigfaltigkeit der Lebenserscheinungen mit sich, die sich durch keine Formel meistern läßt.

[1] Einen Vorschlag gleichen Inhalts hat für die neue Gesetzgebung BÄHR in seinem Gegenentwurf § 848 gemacht, ohne damit durchzudringen.

Hat nun mit der im B.G.B. getroffenen Unterscheidung der römische Gegensatz zwischen juristischem Besitz und Detention eine Wiederauferstehung gefeiert? Beide Rechte treffen nur darin zusammen, daß nicht jede Sachinhabung mit selbständigem gerichtlichen Schutz bekleidet ist und daß die besondere Bezeichnung possessio beziehungsweise Besitz der gerichtlich geschützten Sachinhabung vorbehalten wird. Aber diese Verwandtschaft ist nebensächlich gegenüber dem weitreichenden Unterschied in der Grenzziehung zwischen geschützter und nicht geschützter Inhabung. Ein großer Teil von Detentionsfällen des gemeinen Rechts gehört dem Besitz des B.G.B. an, nicht bloß der gesamte Nutzbesitz, sondern auch viele Inhabungen in ausschließlich fremdem Interesse. Ich weiß nicht, ob irgendwo der Versuch gemacht ist, den gemeinrechtlichen Sprachgebrauch für das Recht des B.G.B. zu verwenden; er müßte als irreführend zurückgewiesen werden.

## § 12.

Das B.G.B. erkennt über das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener (§ 855) hinaus einen Besitz der Sache an, der nicht mit einer realen Inhabung des Besitzers verbunden ist. Es schreibt den Besitz an der Sache dem Eigentümer einer im Nießbrauch stehenden Sache zu, dem Verpfänder, dem Verpächter und Vermieter, dem Hinterleger einer Sache, überhaupt jedem, der zu dem realen Inhaber in einem ähnlichen Verhältnis steht, so daß dieser ihm gegenüber nur auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868). Solche Personen haben ein Interesse, daß der Besitzstand des Realbesitzers nicht durch verbotene Eigenmacht Dritter verändert werde, weil dadurch für sie die Aussicht auf Rückkehr der realen Macht über die Sache gefährdet wird. In Anerkennung der Schutzwürdigkeit dieses Interesses hat der Gesetzgeber diesen Personen den Vorteil des gerichtlichen Besitzschutzes gewährt (§ 869).

Nun ist der Besitz die tatsächliche Gewalt über die Sache. Wie läßt sich damit die gezeichnete Erweiterung des Besitzbegriffs vereinbaren? Man kann sich mit diesem Bedenken ohne Zwang durch folgende Erwägungen abfinden. In den gedachten Verhältnissen hat der Realbesitzer die Sache entweder ausschließlich oder, wenn er Nutzbesitzer ist, wenigstens zugleich im Interesse dessen inne, dem gegenüber er auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Dadurch wird für diesen eine gewisse tatsächliche Macht über die Sache hergestellt. Der Realbesitzer vermittelt den Besitz des andern, zu dem er in einem derartigen Verhältnis steht. Das Gesetzbuch hat selbst den Ausdruck „mittelbarer Besitz“ eingeführt (§ 868 a. E.).

Der Gedanke, daß der reale Inhaber einer Sache den Besitz eines andern vermitteln kann, findet sich schon im römischen Recht verwirklicht. L. 13 pr. de usurp. 41,3 (Paul.): Pignori rem acceptam ... pro alieno possidemus. L. 36 de poss. 41,2 (Jul.): Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. L. 18 eod. (Celsus). Aber es besteht zwischen dem römischen Recht und dem B.G.B. ein wesentlicher Unterschied. Jenes gibt nach dem früher (S. 9) gezeichneten Standpunkt den gerichtlichen Schutz auf Grund des Sachbesitzes nur entweder dem unmittelbaren oder dem mittelbaren Inhaber. Nach B.G.B. genießen aber den Schutz der unmittelbare und der mittelbare Besitzer, dieser ist nur „auch" Besitzer (§ 868) und die Ansprüche zum Schutz des Besitzes stehen ihm nur „auch" zu (§ 869). Der unmittelbare und der mittelbare Besitzer haben den gerichtlichen Schutz nicht bloß nebeneinander, sondern auch unabhängig von einander; die rechtskräftige Abweisung der Klage des einen Besitzers steht der klagweisen Verfolgung derselben Besitzverletzung durch den andern Besitzer nicht entgegen.

Mit der Anerkennung des durch einen Sachhalter vermittelten Besitzes hat die Rechtsentwicklung den Besitz über seine natürliche Grundlage erweitert, den Zusammenhang mit der tatsächlichen Gewalt gelockert, den naturalen Begriff zivilisiert. Am ungezwungensten tritt der Zusammenhang noch im Verhältnis des Besitzers zum Besitzdiener heraus; vermöge der Befugnis des Besitzherrn zum willkürlichen Eingriff ruht seine Hand über den Sachen. Eine Nummer feiner ist aber der Faden gesponnen, der den unmittelbaren Besitzer mit der tatsächlichen Gewalt verbindet; daher auch der Zweifel, ob und inwieweit dem mittelbaren Besitzer das Selbstschutzrecht zusteht, das § 859 dem unmittelbaren Besitzer gewährt.[1]

Diese Verflüchtigung des naturalen Elements im Besitzbegriff liegt schon in der römischen possessio alieno nomine; und schon das römische Besitzrecht läßt einen Wechsel in der Person des Sachhalters zu unbeschadet der Erhaltung des vermittelten Besitzes.[2] Einen weiteren Schritt auf dieser Bahn hat das B.G.B. gemacht. Indem es auch den Besitzvermittlern Besitz zuerkennt, von den unselbständigen Inhabern des § 855 abgesehen, hat es die Möglichkeit geschaffen, daß sich um dieselbe Sache eine Mehrheit von Besitzberechtigten gruppiert, von denen, den Ausgang vom unmittelbaren Besitzer genommen, jeder

[1] Hierüber Kipp in Windscheids Pandekten 9. Aufl. I S. 797ff. Eine andre Schwäche des unmittelbaren Besitzes hebt Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 11, 15 hervor.

[2] Paul. L. 30 § 6 de poss. 41, 1: Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram apud alium rursus deposuerit. Et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit.

folgende auf den Schultern des vorhergehenden ruht. Dies ergibt § 871. Wenn der unmittelbare Besitzer die Sache einem andern auf Grund eines Verhältnisses überläßt, das den Erfordernissen des § 868 entspricht, so hört er nicht auf, Besitzer zu sein; wohl aber verwandelt sich sein unmittelbarer Besitz in einen mittelbaren. Gesetzt nun, es stand ihm selbst schon ein mittelbarer Besitzer gegenüber, wie dem Nießbraucher der Besteller des Nießbrauchs, so liegt schon eine Kette von drei Besitzern vor. Macht der jetzige unmittelbare Besitzer von der gleichen Befugnis Gebrauch, z. B. der Abmieter des Nießbrauchers gibt die Sache in Aftermiete, so setzt sich an die Kette ein weiteres Glied und so fort. Die Grenze liegt nicht im Besitzbegriff sondern in den praktischen Verhältnissen, auf deren Grund die Verwandlung des unmittelbaren Besitzes in mittelbaren zum Vollzug gelangt.

Damit ist dem heutigen Besitzrecht ein Feld eröffnet, das über das Bereich des römischen Besitzrechts erheblich hinausgeht. Und dies noch durch die andre Neuerung, daß der mittelbare Besitzer seine Besitzstellung auf einen andern übertragen kann; das Mittel ist die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 870).

## § 13.

Entgegengesetzt war in der neuen Gesetzgebung das Schicksal des Rechtsbesitzes; sie hat hier mit eisernem Besen gearbeitet und dem Rechtsbesitz nur einen sehr bescheidenen Umfang gelassen. Für den Besitzschutz kommt im B.G.B. nur § 1029 in Betracht: Der Besitzer eines Grundstücks, der eine für den Eigentümer im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit ausübt, wird gegen Störung nach Analogie der für den Schutz des Sachbesitzes bestehenden Vorschriften geschützt, vorausgesetzt, daß die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. Der gleiche Schutz besteht für die Ausübung einer im Grundbuch eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090) mit Ausnahme der Wohnungsrechte, die sich auf die Benützung der Wohnung mit Ausschluß des Eigentümers erstrecken (§ 1093), weil hier Sachbesitz vorliegt (§ 865).

Trotz der einschneidenden Abrechnung mit dem Rechtsbesitz und seinem Schutz ist im geltenden Recht eine Lücke nicht empfindlich geworden. Der Ersatz fließt aus andern Rechtseinrichtungen zu.

Vor allem erweist sich infolge der Erweiterung des Sachbesitzes ein besonderer Schutz der Rechtsausübung in weitem Umfang entbehrlich, nämlich überall, wo die Ausübung des Rechts mit dem Besitz der Sache verbunden ist, so beim Erbbaurecht, beim Nießbrauch, beim eben erwähnten besondern Wohnungsrecht. Hier findet der

Ausübende in dem Schutz des Sachbesitzes die Deckung gegen widerrechtliche Eingriffe andrer.

Eine andere Ergänzung bildet das prozessualische Rechtsmittel der einstweiligen Verfügung. Eine einstweilige Verfügung kann unter anderm zu dem Zweck erwirkt werden, um einen Zustand in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis vorläufig zu regeln, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt als nötig erscheint, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen (Z.P.O. § 940).[1]

## § 14.

Ich wende mich zur Vergleichung der Art, wie der Besitzschutz im früheren Recht verwirklicht wurde und wie er nach B.G.B. verwirklicht wird.

Mit dem interdictum retinendae possessionis konnte nach römischem Recht erzielt werden:

1. Die Feststellung, wer von den Streitsteilen Besitzer ist.

2. Ein Gebot an den im Besitzprozeß Unterlegenen, sich in Zukunft jeder Störung zu enthalten, oder, wenn die Störung durch eine körperliche Anlage verursacht wurde, die Anlage zu beseitigen (L. 3 § 9 uti possid. 43, 17) und wenn der Unterlegene die Sache innehatte, sie an den siegreichen Gegner herauszugeben.

Nach einer verbreiteten Meinung sollen die interdicta retinendae possessionis auch dazu gedient haben, dem obsiegenden Teil Ersatz des Schadens zu verschaffen, der ihm durch die Verletzung seines Besitzes erwachsen war. Selbst Savigny (Besitz § 38) hat diese Ansicht vertreten. Sie ist gleichwohl unhaltbar, zweifellos für das klassische Römische Recht,[2] aber auch für das justinianische.

Verschiedene Gründe sind für die Aufstellung der hier bekämpften Meinung bestimmend gewesen.

Vor allem hat die scheinbare Analogie mit dem Verfahren beim interdictum de vi mitgewirkt, wo zweifellos im Besitzprozeß der Schadenersatz erlangt werden konnte. Dabei ist aber die Eigenart des interdictum de vi übersehen. Hiervon wird im § 17 (S. 29) genauer die Rede sein. Hier soll nur auf folgendes hingewiesen werden. Beim interdictum de vi war die gewalttätige Besitzentziehung Voraussetzung des Besitzanspruchs; damit war aber zugleich die Grundlage für den Ersatzanspruch gegeben, die Verschuldung des Täters. Eine solche gemeinsame Grundlage für den Besitz- und Ersatzanspruch

[1] Planck im Arch. für zivil. Prax. Bd. 75 S. 395.

[2] Hierfür ist schon Keller, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. S. 305—313 (1842) als Gegner Savignys aufgetreten.

fehlte bei den interdicta retinendae possessionis. Hier bildete für den Besitzanspruch nur die objektiv widerrechtliche Eigenmacht die Voraussetzung; wer dieser Störung überführt war, unterlag im Prozeß, auch wenn ihm keine Schuld zur Last gelegt werden konnte. Oder sollte das römische Recht gerade im Besitzprozeß mit dem Grundsatz gebrochen haben, daß die Pflicht zum Schadenersatz durch die Schuld des zu Behaftenden bedingt ist? Das ist wenig wahrscheinlich. Bei der Bepackung der Besitz- mit der Ersatzfrage hätte sich in diesem Prozeß ergeben können, daß die Entscheidung verzögert wurde, obwohl die Rechtfertigung des Besitzanspruchs vorlag, weil die Verhandlung über die Schuld des Störers noch nicht abgeschlossen war. Und dies in einem Verfahren, das auf schleunige Herstellung eines friedlichen Zustands abzweckte.[1]

Savigny hatte freilich auch die interdicta retinendae possessionis als Rechtsmittel ex delicto aufgefaßt. Das ist längst als Irrtum erkannt. Daß gleichwohl viele Neuere an der Ansicht festhalten, das Verfahren bei dem interdictum retinendae possessionis habe sich auch auf den Ersatzanspruch erstreckt, hat wesentlich seinen Grund in zwei Quellenstellen, die selbst einen so kritischen Kopf wie Bruns (Besitzklagen S. 56ff.) scheu gemacht haben. Es sind L. 1 pr. und L. 3 § 11 uti possid. 43, 17, beide von Ulpian.

## § 15.

Bei Würdigung der genannten Stellen muß man sich die Tatsache gegenwärtig halten, daß das Interdiktenverfahren, wie es zur Zeit der klassischen Juristen geordnet war, seit Diokletian eine wesentliche Änderung erlitten hatte. Der vorher im einzelnen Streitfall an der Spitze des gerichtlichen Verfahrens stehende obrigkeitliche Befehl (interdictum) war weggefallen. Wer sich von einem andern im Besitz verletzt fühlte, konnte jetzt sofort Klage erheben und einen gewöhnlichen Prozeß herbeiführen (Dioclet. Const. 3 i. f. de interd. 8, 1; Arc. et Hon. c. 4 eod.; § 8 de interd. 4, 15). Die Kompilatoren sahen sich daher in die Notwendigkeit versetzt, bei Aufnahme von Auszügen aus den Schriften der klassischen Juristen die Anklänge an das alte Verfahren auszumerzen. Sie versuchten es nicht selten mit der Vertauschung einzelner Worte; damit wurde aber nicht immer ein klares Ergebnis erzielt. Diesem Schicksal scheinen auch die zu besprechenden Stellen unterlegen zu sein.

In L. 1 pr. cit. wird angeblich der Wortlaut des interdictum uti possidetis im prätorischen Edikt mitgeteilt. Der Eingang: „Uti eas aedes ... possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto" wird durch

[1] De lege ferenda Strohal Iherings J. XXIX. S. 383ff.

den Bericht des Gaius IV 160 bestätigt. Hieran sind in den Digesten nach einem nicht hierher gehörigen Zwischensatz die Worte angeschlossen:

> neque pluris, quam quanti res erit, intra annum ... agere permittam.

Die Hand der Kompilatoren ist hier unverkennbar. „Wann in aller Welt — ruft LENEL (Edictum perp. S. 379) aus — erteilte der Prätor Aktionen auf neque pluris quam quanti ea res erit?" Damit fällt auch die Beziehung der Worte auf das judicium secutorium, was BRUNS (Besitzklagen S. 56) und andere befürwortet haben. Sonach liegt eine Änderung des Ediktstextes vor, und damit verliert die Stelle die Beweiskraft jedenfalls für das klassische Recht.[1] Ob sie für das Recht der spätern Zeit mehr ergibt, wird nachher erörtert werden. Für den gegenwärtigen Zweck ist die Frage ohne Bedeutung, wie der ursprüngliche Text gelautet haben mag. LENEL (a. a. O. und in der Palingenesia II col. 820) hat die scharfsinnige Vermutung aufgestellt, daß das Edikt an dieser Stelle eine Beschränkung für die dem klassischen Prozeß angehörigen Sponsionen (Gai. IV 165 sq.) enthalten habe, was den Beifall von EXNER (Zeitschr. der Sav.-Stift. Rom. Abt. VIII S. 177 Note 16) und UBBELOHDE (Interdikte I S. 497) gefunden hat.

In L. 3 § 11 cit. berichtet Ulpian:

> In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem.

Die getreue Überlieferung des Ulpianischen Textes vorausgesetzt,[2] wird uns bezeugt, daß schon im klassischen Interdiktenprozeß die Verurteilung in eine Geldsumme vorkam. Man fragt: wofür wurde der obsiegenden Partei eine Geldsumme zugesprochen? Die Antwort liegt nahe: für den durch die Störungshandlungen zugefügten Schaden. Indes wissen wir von demselben Ulpian für einen wichtigen Bestandteil des Schadens, nämlich für den Entgang von Früchten, daß im Interdiktenprozeß mit einziger Ausnahme des Prozesses über das interdictum de vi Früchte nicht berücksichtigt wurden, die vor dem Erlaß des prätorischen Befehls entzogen waren (L. 3 de interd. 43, 1 L. 1 § 40 de vi 43, 16). Sollte sich das mit dem übrigen Schaden anders verhalten haben? Dafür fehlt jede andere Beglaubigung als die von der L. 3 § 11 cit. gebotene, und diese ist recht fraglich.

Allem Vermuten nach hängt der Ausspruch Ulpians mit einer Eigentümlichkeit des Verfahrens beim interdictum uti possidetis nach

[1] Insoweit einverstanden ADOLF SCHMIDT, Das Interdiktenverfahren der Römer (1853) S. 61.

[2] LENEL (Palingenesia II col. 822) vermutet, daß Ulpian sponsionis statt condemnationis geschrieben habe. Dagegen erhebt Bedenken UBBELOHDE V S. 413 in der Note.

der Unterlegene die Sache herauszugeben. Weigerte er sich dessen, so konnte er mit einer für diesen Zweck im prätorischen Edikt vorgesehenen Nachklage auf Verurteilung in quanti ea res est belangt werden.[1] Mit der Auslegung dieses Ausdrucks beschäftigt sich nun die L. 3 § 11 cit. Bei der Schätzung wurde auch in Anschlag gebracht, was dem Sieger im Besitzprozeß durch die Überbietung in der fructuum licitatio, d. h. durch die Vorenthaltung der Sache während des Besitzprozesses entgangen war. Insoweit konnte im Besitzstreitverfahren ein Ersatz des Schadens zugebilligt werden, aber auch nur insoweit, nicht für Schaden, der aus früherer Zeit stammte. Um klassischem Recht zusammen. Siegte nämlich im Besitzprozeß die Partei ob, die in der fructuum licitatio überboten war, so hatte ihr mittelst gerichtlicher Hilfe zum Ersatz dieses Schadens zu gelangen, mußte der Verletzte zu einem andern Rechtsmittel greifen, z. B. zum interdictum quod vi aut clam.[2]

Namhafte Juristen sind für das klassische Recht mit dem hier vertretenen Standpunkt einverstanden, halten sich aber für das justinianische Recht durch den Wortlaut der besprochenen Digestenstellen zur Anerkennung einer weitergehenden Berücksichtigung des Schadenersatzes im Besitzstreit gebunden.[3] Dazu sind aber die beiden Stellen zu unbestimmt. Die Worte: neque pluris quam quanti res erit in L. 1 pr. cit. geben, selbst auf die Zusprechung des Ersatzes bezogen, keinen annehmbaren Sinn, ihre Einstellung in die Digesten läßt sich nur aus einer Flüchtigkeit der Kompilatoren erklären. Und was die L. 3 § 11 cit. anlangt, so kann sie im Zusammenhang des justinianischen Rechts von der Verurteilung verstanden werden, wenn der im Besitzprozeß unterlegene Inhaber der Sache die Herausgabe verweigert. Wie dem auch sei, es hat wenig Wahrscheinlichkeit, daß sich die Kompilatoren für eine grundsätzliche Abweichung vom klassischen Recht mit einer so versteckten Andeutung begnügt haben sollten. Überdies stehen der Annahme, daß hier eine weitergehende Berücksichtigung des Schadens eingeführt sei, die schon erwähnten Aussprüche entgegen, wonach im Interdiktenprozeß mit Ausnahme des Verfahrens über das interdictum de vi der Verlust des vor den Prozeß fallenden Fruchtbezugs außer Betracht bleibt (S. 26). Die seit Diokletian eingetretene Änderung im Verfahren hat allerdings auch auf die Behandlung der Ersatzfrage eingewirkt, aber nur insoweit,

[1] Streitig, ob dieses Nachverfahren das judicium cascellianum sive secutorium (Gai. IV 166a) war, wie Bruns, Besitzklagen S. 56 und Lenel, Edict. perp. S. 379 annehmen, oder das judicium fructuarium, was Ubbelohde, Interdikte II S. 172ff., V S. 412 vertritt.

[2] Fitting, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 55 S. 326, Ihering in seinen Jahrb. XXIII S. 229ff.

[3] Adolf Schmidt, Das Interdiktenverfahren S. 331, Bruns, Besitzklagen S. 56ff.

daß an die Stelle des Prozeßzeitpunkts, der früher für den zu berücksichtigenden Schaden maßgebend war, die Litiskontestation getreten ist. Ein weiteres Heraustreten aus der Bahn des klassischen Rechts ist in dieser Frage für das justinianische Recht nicht erweisbar.[1]

## § 16.

Anders hat hierüber die nachrömische Doktrin und Praxis gedacht. Schon die Glosse las aus den justinianischen Rechtsquellen heraus, daß die im Besitzstreit unterlegene Partei in den Ersatz alles durch ihre Störung verursachten Schadens zu verurteilen sei ohne Unterscheidung, ob die Schädigung aus der Zeit vor oder nach der Prozeßeröffnung stammte.[2] Der Glosse folgten die italienischen und die deutschen Juristen, diese bis in die letzte Zeit der Geltung des gemeinen Rechts. Nun wäre die Erstreckung des Urteils auf den gesamten Schaden zu rechtfertigen gewesen, wenn man das Klaggesuch als prozessualische Verbindung von zwei selbständigen Ansprüchen aufgefaßt und behandelt hätte, was das damalige Prozeßrecht zuließ. Dies war aber nicht der Standpunkt der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, sie erblickte in dem Anspruch auf Ersatz nur eine Nebenfolge des Besitzanspruchs. Und diese Verquickung war nicht ohne üble Frucht; sie führte dahin, daß für beide Ansprüche dieselbe materielle Grundlage angenommen wurde: das Urteil in der Besitz- wie in der Ersatzfrage wurde lediglich von der Tatsache der eigenmächtigen rechtswidrigen Besitzstörung abhängig gemacht, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Störers; man brachte sich nicht zum Bewußtsein, daß diese Behandlung, die für den Besitzanspruch gerechtfertigt war, in der Verurteilung zum Ersatz des Schadens eine Abweichung von einem gemeinrechtlichen Ersatzprinzip enthielt,[3] wofür jeder Grund fehlte. Den Ausdruck einer veränderten Rechtsanschauung kann man darin nicht erblicken.

Das Reichsgericht hat wiederholt Veranlassung gehabt, zu der hier besprochenen Frage auf dem Boden des gemeinen Rechts Stellung zu nehmen; es schwankte aber in den uns zugänglichen Entscheidungen, die sämtlich vom dritten Senat gefällt sind. Es handelt sich immer um den Schaden, der vor der Prozeßeröffnung zugefügt war.

Für das i. ne quid in flumine publico fiat wurde im Erkenntnis vom 19. März 1886 (R.G.Z. XV No. 38 S. 184) die Verurteilung zum Schaden-

[1] Pflüger, Die sog. Besitzklagen S. 327 ff., Ubbelohde, Interdikte II S. 468 ff., 482, 487 ff., 515.

[2] Nachweise gibt Ubbelohde II S. 488, 516 Note 41.

[3] Ihering, Das Schuldmoment S. 6.

ersatz ohne Erwägung einer Schuld des Beklagten für gerechtfertigt erklärt, weil dieses Interdikt nicht bloß prohibitorischer, sondern auch restitutorischer Natur sei. Im Erkenntnis vom 9. Juli 1886 (R.G.Z. XVI No. 31 S. 147) wurde dagegen für dasselbe Interdikt die Schuld des Beklagten als ein die Ersatzpflicht bedingendes Moment bezeichnet.

Nach dem Erkenntnis vom 6. April 1888 (R.G.Z. XXI No. 35 S. 194) bildet beim interdictum ne quid in loco publico fiat für die Schadenersatzpflicht das Verschulden kein wesentliches Moment. In dem Urteil vom 25. Oktober 1892 (Jur. Wochenschr. Jahrg. 1892 S. 487 No. 30) wurde diese Ansicht aufgegeben. Und auch für das interdictum uti possidetis wurde im Erkenntnis vom 21. April 1893 (R.G.Z. XXXI Nr. 37 S. 181) an dem Erfordernis der schuldhaften Schadenszufügung festgehalten.

## § 17.

Wesentlich verschieden von den bisher betrachteten Interdikten waren nach Anlage und Wirkung die interdicta de vi; darüber darf uns die schon bei den römischen Juristen übliche Zusammenstellung mit den übrigen Interdikten nicht täuschen. Die interdicta de vi waren als Maßregeln zur Wahrung der öffentlichen Ordnung gegen die um sich greifenden gewaltsamen Vertreibungen aus dem Besitz von Grundstücken ins Leben getreten; für das Gebiet der beweglichen Sachen bildete ihr Seitenstück die actio vi bonorum raptorum. Sie waren den leges de vi vorangegangen (Mommsen, Röm. Strafrecht S. 653/4) und hatten in erster Linie die Bestimmung, den Täter zu treffen, dienten freilich damit auch zum Schutz der Besitzer. Als das Kriminalrecht mehr und mehr jene Aufgabe übernahm, trat bei den interdicta de vi der Strafcharakter zurück und eine Annäherung an die privaten Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes ein, eine Entwicklung, die schon zur Zeit der klassischen Juristen weit gediehen war. Aber die interdicta de vi haben die Deliktsnatur nie vollständig abgestreift. Nicht nur wird der Tatbestand von den römischen Juristen delictum genannt,[1] sondern was wichtiger, ihr Auf- und Ausbau ist von der Deliktsauffassung beherrscht. Dies tritt deutlich entgegen:

1. aus den Bestimmungen über das haftbare Subjekt. Hoc interdictum ad reciperandam possessionem introductum est, sagt Ulpianus in L. 1 § 1 de vi 43, 16; ähnlich schon Gaius IV 154. Demgemäß erwartet man, daß der Besitz der entzogenen Sache das Erfordernis für die Passivlegitimation gebildet habe wie beim entsprechenden

[1] Gai. IV 155: propter atrocitatem delicti, womit sich wohl die atrocitas facinoris in L. 1 § 43 de vi 43, 16 (Ulp.) deckt; Tryphoninus L. 19 eodem: ex ipso tempore delicti.

petitorischen Rechtsmittel, bei der rei vindicatio. Aber beim interdictum de vi haftete nicht der Besitzer des entrissenen Grundstücks sondern der Urheber der Entziehung, der Täter, und dieser, selbst wenn er das Grundstück im Zeitpunkt der Belangung nicht besaß, gleichviel ob er den Besitz mittlerweile mit oder ohne seine Schuld verloren oder nie erlangt hatte (L. 1 § 36, 42 L. 15 de vi 43,16 L. 4 § 22 de usurp. 41,3).

Dem Täter war gleichgestellt der Anstifter (L. 1 § 12, 15 L. 3 § 12 de vi), dem Anstifter, wer die von andern ohne seine Veranlassung für ihn vollzogene Entsetzung hinterher gutgeheißen hatte (L. 1 § 14 L. 3 § 10 eod.); in Ermanglung von Auftrag und Genehmigung haftete ein solcher Inhaber nur auf Herausgabe des ihm durch die Entsetzung Zugekommenen (L. 4 eod.).

Der Erbe des Täters konnte nur mit einer actio in factum ex causa interdicti de vi belangt werden und nur auf das, was ihm durch die Tat seines Erblassers zugekommen war (L. 1 § 48 L. 2,3 pr. § 1 L. 9 pr. eod.). Dies stand im Einklang mit dem allgemeinen Rechtssatz über die Haftung des Erben für die Delikte des Erblassers (L. 5 pr. de calumn. 3,6; L. 35 O. e. A. 44,7).

Ein sonstiger Besitzer des Grundstücks, der den Besitz nach der verübten Entsetzung erlangt hatte, unterlag der Haftung nicht, selbst dann nicht, wenn er die Sache vom Entsetzer erworben und beim Erwerb von der gewaltsamen Verdrängung des früheren Besitzers gewußt hatte (L. 7 de vi L. 3 § 10 uti possid. 43,17).

Daß der Gewalthaber für die von seinen Gewaltunterworfenen verübte Besitzentsetzung noxal haftete (L. 1 § 15 de vi) bestätigt den Deliktsstandpunkt. Und wenn in der ältern Zeit der Hausvorstand für die Gewalttätigkeiten seiner Sklaven (familia) wie seines Hausdieners (procurator) schlechthin verantwortlich war (Ubbelohde V S. 75ff.), so lag darin eine naheliegende Verschärfung der Maßregeln gegen die gemeingefährlichen Handlungen.

2. Der Ausschluß der sog. exceptio vitiosae possessionis gegenüber dem interdictum de vi erklärt sich ungezwungen aus der Zurückführung des Rechtsmittels auf ein Delikt des Beklagten. Wer sozusagen auf der Anklagebank sitzt, kann sich nicht damit verteidigen, daß sich der Kläger ihm gegenüber der gleichen Handlungsweise schuldig gemacht habe. Allerdings war der Ausschluß der exceptio im vorjustinianischen Recht auf das interdictum de vi armata beschränkt (Gai. IV 154, 155). Man sah eben damals nicht als strafbar an, wenn der aus dem Besitz Verdrängte den Eindringling zwar gewaltsam, aber ohne Anwendung von Waffen wieder vertrieb (Gai. IV 154 i. f.: impune deicio; Paul. V 6 § 7), eine milde Auffassung, der das justinianische Recht die Anerkennung versagte (§ 6 I. de interd. 4,15).

Es ist nun des bestimmtesten bezeugt, daß der im Verfahren über das interdictum de vi schuldig Befundene in den Ersatz des durch die Besitzentsetzung zugefügten Schadens verurteilt wurde, und zwar des Schadens in vollem Umfang (L. 1 § 31 de vi: quidquid damni senserit ob hoc, quod dejectus est), worunter auch der Schaden wegen Entwendung oder Beschädigung von beweglichen Sachen begriffen war, selbst der dem Entsetzten nicht gehörigen, sofern er sie nur besaß (L. 1 § 32, 33 eod.). Daß solche Sachen nach der Entsetzung ohne Schuld des Beklagten zugrunde gegangen waren, befreite ihn von der Haftung nicht (L. 1 § 34, 35 eod.). Die Ersatzpflicht erstreckte sich insonderheit auf die Früchte und die sonstigen Besitzvorteile, die dem Kläger durch die Verdrängung vom Grundstück entgangen waren. Der Entgang wird von der Besitzentsetzung berechnet, nicht erst vom Beginn des gerichtlichen Verfahrens. Dies heben die römischen Juristen als eine Eigentümlichkeit dieses Rechtsmittels gegenüber allen anderen Interdikten hervor (Ulp. L. 3 de interdictis 43, 1 L. 1 § 40 h. t.). Als Grund dieser Haftung wird angegeben: quia in eo culpa tua praecessit, quod omnino dejecisti aut vi aut clam fecisti (Paul. L. 15 de vi und Sent. V 6 § 8). Man darf aber auch nicht übersehn, daß in diesem Prozeß der Besitz- und Ersatzanspruch die schuldhafte Verletzung gemeinsam zur Grundlage hatten.

## § 18.

Windscheid nennt es eine Unart der volkstümlichen Sprache, daß vielfach von Besitz geredet wird, wo Eigentum gemeint ist (Pand. § 148 N. 2). Bähr dagegen findet in dem Sprachgebrauch einen Ausdruck für die höhere Bedeutung, die im praktischen Leben der Besitz gegenüber dem Eigentum hat. „Es ist kein Zweifel, daß wir in dem Besitz einen weit größeren Schutz finden als in dem Eigentum." (Iherings J. XXVI S. 278 N. 54). Die nachrömische Rechtsentwicklung in Italien, Spanien, Frankreich und Deutschland liefert für die Auffassung Bährs einen schlagenden Beleg. Hier überall wogt und gärt es gewaltig in den Fragen des Besitzes, während das „Eigentum" wenigstens in den früheren Jahrhunderten verhältnismäßig unberührt bleibt.

Als fester Niederschlag dieser im einzelnen wechselvoll verlaufenden Entwicklung sind zu verzeichnen die Herausbildung des sog. possessorium summariissimum und die Erweiterung des rekuperatorischen Besitzschutzes.

I. In den stürmischen Zeiten des Mittelalters hatte der aus dem römischen Recht stammende, in den gemessenen Bahnen des Prozesses sich vollziehende Besitzschutz zur Verhütung von Gewalttätigkeiten nicht ausgereicht, wenn sich jede der um den Besitz eines

Grundstücks streitenden Parteien den gegenwärtigen Besitz zuschrieb und nicht gewillt war, dem Gegner auch nur für die Dauer des Prozesses im Innehaben zu weichen. Es zeigte sich das Bedürfnis nach einer obrigkeitlichen Regelung des Besitzstandes für die Zwischenzeit. Ein Einschreiten zu diesem Zweck fand man durch die Amtsaufgabe des Gerichts gerechtfertigt und geboten: omnis possessor lite pendente in possessione officio judicis manuteneri debet. War der Besitz oder dessen Störung zweifelhaft, so mußte zwar der Richter darüber in eine Untersuchung eintreten; sie wurde aber im beschleunigten Verfahren gepflogen. Ziel war wie im ordentlichen Besitzprozeß Schutz des gegenwärtigen Besitzes; da man sich aber im Interesse der Beschleunigung mit einer unvollkommenen Beweiserhebung begnügen mußte, so wurde durch die Entscheidung in summariissimo das possessorium ordinarium (interdictum uti possidetis) nicht erledigt, sie schuf nur eine einstweilige Ordnung. Auch bildete das summariissimum lange Zeit ein bloßes Anhängsel des ordentlichen Besitzprozesses.

In der deutschen Praxis vollzog sich allmählich eine Veränderung, man kann sagen Entartung dieser prozessualischen Einrichtung. Man sah ab von der Voraussetzung, daß Gefahr einer gewaltsamen Besitzstörung (timor armorum) bestand; es genügte, daß jede Partei den gegenwärtigen Besitz für sich in Anspruch nahm. Die Untersuchung über den Besitzstand wurde immer gründlicher geführt, jedoch mit Beschränkung auf die neuesten Besitzhandlungen, daher die Bezeichnung Schutz im jüngsten Besitz. Selbst für die Zulässigkeit der Einrede des fehlerhaften Besitzes entschied sich die herrschende Meinung, schleunige Erweisbarkeit vorausgesetzt, und auch der Instanzenzug fand Eingang. Dies bereitete die Trennung des summariissimum vom ordinarium und die Ausgestaltung des ersteren zu einem selbständigen Besitzschutzverfahren vor. Nur an der bloß einstweiligen Wirkung des summariissimum hielt man fest. So konnte jetzt der Streit um ein Grundstück in drei einander folgenden Prozessen geführt werden, möglicherweise jeder durch drei Instanzen: mit der Klage um Schutz im jüngsten Besitz wurde begonnen; darauf folgte das possessorium ordinarium, und dem hier Unterlegenen eröffnete sich der Weg des petitorium. Das war des Guten zu viel.[1]

II. Mächtiger als auf dem Gebiet der Besitzerhaltung drängten die Zustände in den genannten Ländern zur nachrömischen Zeit nach einer Erweiterung der Rechtshilfe behufs Wiedererlangung widerrechtlich entzogenen Besitzes. Da vielfach auch die Inhaber von kirchlichen Pfründen gewaltsam vertrieben wurden, so griffen die

[1] Über den Entwicklungsgang Bruns a. a. O. S. 232ff., 261ff., 397ff., 419; Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 142ff., 161ff.

Päpste und die Kanonisten in die Entwicklung des Rechts fördernd ein. Aber zu einer durchgreifenden festen Regelung ist es im gemeinen Recht nicht gekommen; immer standen sich Verteidiger und Gegner der Neuerung gegenüber. Doch ist der Kampf nicht ganz ohne gesichertes Ergebnis für die Fortbildung des rekuperatorischen Besitzschutzes geblieben, wenn auch der Meinung nicht beizutreten ist, daß ein neuer Besitzbegriff zur Anerkennung gelangt sei.[1] Für das erweiterte interdictum de vi ist seit dem Anfang des 18. Jahrhunderts die Bezeichnung actio spolii üblich geworden. Die Änderungen sind im wesentlichen folgende.

1. Die Klagberechtigung wurde zwar nicht auf alle Inhaber der Sache ausgedehnt, wohl aber auf alle Inhaber, die die Sache wenigstens zugleich im eignen Interesse besitzen: Mieter, Pächter, Kommodatare, Retentionsberechtigte.

2. Während das römische interdictum de vi auf Grundstücke beschränkt war, wurde die Spolienklage auch zur Wiedererlangung entzogener beweglicher Sachen gegeben.[2]

3. Die Spolienklage wurde durch jede widerrechtliche gegen den Willen des Besitzers vollzogene Besitzentziehung veranlaßt, nicht bloß durch eine gewaltsame Entziehung, so daß auch der Dieb, der treulose Bote damit belangt werden konnte.

Manche Juristen wollten die Klage auch einem ehemaligen Besitzer erteilen, der die Sache selbst ausgehändigt hatte, wenn er hierzu auf unrechtmäßige Art bestimmt worden war, durch Erpressung oder durch Betrug, andere wenigstens im ersten Fall. Sie sind aber damit nicht durchgedrungen.

Sogar die Meinung hatte vereinzelt Vertreter gefunden, daß die Klage gegen den Finder einer Sache zulässig sei wie gegen den Inhaber eines Tieres, dem es zugelaufen war.

4. Im Gegensatz zum römischen Recht (S. 30) hat das kanonische im sog. cap. Saepe von Innocenz III. den Sondernachfolger des Besitzentziehers für haftbar erklärt, wenn er bei seinem Erwerb von der unrechtmäßigen Besitzaneignung seines Vorgängers Kenntnis hatte; denn durch solchen Erwerb wurde er Teilnehmer an dem Spolium. Noch weiter gingen die italienischen Juristen des Mittelalters, wenn auch nicht einstimmig: sie ließen die Klage gegen jeden Besitzer der geraubten Sache zu, auch gegen den gutgläubigen Erwerber. In dieser Anwendung fand die Klage auch in Deutschland nach dem Eindringen des fremden Rechts Anwendung. Doch ging man hier seit dem 18. Jahrhundert auf den Standpunkt des römischen Rechts zurück.[3]

---

[1] Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 39ff. und in Iherings J. XXVI S. 284ff.
[2] Wellspacher in Grünhuts Z. XXXI S. 658ff. [3] Wellspacher a. a. O.

Streitig blieb, ob mit der Spolienklage ein Besitzer belangt werden könne, der die gestohlene Sache nicht vom Dieb durch Kauf, Schenkung usw. erlangt hatte, sondern auf eine Weise, die seinem Besitz keine Rechtfertigung verlieh, z. B. indem er dem Dieb die gestohlene Sache abgenommen oder als Finder der vom Dieb verlorenen Sache deren Herausgabe an den Bestohlenen verweigerte. Im Geiste des Deliktprinzips liegt die verneinende Ansicht.[1]

5. Aus dem kanonischen Recht ging in das gemeine Recht die eigenartige exceptio spolii über. Der gewaltsam aus dem Besitz Verdrängte war befugt, auf jede Klage des Verdrängers die Einlassung zu verweigern, so lange er nicht wieder in den Besitz gesetzt war. Doch mußte er die Verdrängung, wenn sie bestritten war, innerhalb 15 Tagen beweisen, widrigenfalls die Einrede unwirksam wurde.

Ob dieses Erzeugnis längst überwundener staatlicher Zustände auch unter der Neugestaltung des prozessualischen Verfahrens durch die Reichszivilprozeßordnung in Geltung blieb, darüber waren die Stimmen geteilt. Wer darin nur ein prozessualisches Gebilde erblickte, mußte die Frage verneinen. Anders, wenn man diese exceptio als eine materielle Abschwächung des Zivilanspruchs auffaßte. Der zweiten Ansicht hat sich das Reichsgericht angeschlossen.[2] Freilich blieb auch nach diesem Standpunkt die exceptio von dem Einfluß der R.Z.P.O. nicht unberührt. Sie verlor einerseits ihre prozeßhindernde Eigenschaft, da sie der erschöpfenden Aufzählung der prozeßhindernden Einreden nicht einverleibt war; andrerseits fiel die Befristung für den Beweis der Besitzentziehung, weil sie prozessualer Natur war und in der neuen Z.P.O. einer Stütze entbehrte.

Da dieser außergewöhnliche Schutz in die neueren deutschen Gesetzbücher (preußisches, österreichisches, sächsisches) keine Aufnahme gefunden hatte, so war sein Schicksal besiegelt, sobald es zu einem allgemeinen deutschen Zivilgesetzbuch kam.

## § 19.

Wenn irgendwo, so war für das Gebiet des gerichtlichen Besitzschutzes der Zustand des gemeinen Rechts unbefriedigend und eine Neugestaltung Bedürfnis. Es galt, diesen Rechtsschutz auf seine wahre Aufgabe zurückzuführen, Belastungen mit fremdartigen Zwecken abzuwerfen und Voraussetzung wie Wirkung in festen Linien zu bestimmen. Sehen wir zu, wie sich das B.G.B. dieser Aufgabe entledigt.

[1] Verteidigt von Bruns, Besitzklagen S. 246ff. (anders noch in Bekkers Jahrb. IV S. 368ff.). Für die Ausdehnung Wächter, Pand. II S. 99; Windscheid § 162a Note 7; Dernburg I § 189 Note 11.

[2] R.G. VII No. 99 S. 329; XXXI No. 35 S. 173.

I. Zweck des Besitzschutzes ist die Aufrechthaltung der bestehenden tatsächlichen Herrschaft über Sachen gegenüber widerrechtlichen eigenmächtigen Eingriffen. Glaubt jemand einen rechtlichen Anspruch auf Änderung des gegenwärtigen Zustands zu haben, so muß er ihn auf dem von der Rechtsordnung gewiesenen Weg zur Geltung bringen. Greift er zur Eigenmacht, so setzt er sich ins Unrecht, und dies muß auf Andringen des Verletzten vor allem wieder beseitigt werden. Dagegen deckt den eigenmächtig Vorgehenden nicht die Berufung auf ein Recht an der Sache, mit dem sich der angegriffene tatsächliche Zustand in Widerspruch befunden habe. Nur dann, wenn ihn sein Recht gerade zur Vornahme der beschwerenden Handlung befugt macht, ist sein Vorgehn auch formell nicht widerrechtlich und die Berufung darauf im Besitzprozeß zu hören (B.G.B. § 863), denn diese Verteidigung ist gegen eine Voraussetzung des Besitzanspruchs gerichtet, gegen den Vorwurf verbotener Eigenmacht.

Hierin stimmt das heutige Recht mit dem römischen und gemeinen Recht überein; der bei gemeinrechtlichen Schriftstellern vorkommende Satz, daß im possessorischen Streit jede petitorische Rechtsfrage ausgeschlossen sei, beruht auf einer unvorsichtigen Fassung. Ubbelohde ist ihm an verschiedenen Stellen seines verdienstlichen Werks über die Interdikte entgegengetreten (V S. 104, 111, 298ff., 431, 448, 494); auch in der Rechtsprechung kam die Widerlegung zum Ausdruck (Seuffert, Arch. XII No. 33; XXIII No. 136; XXXIII No. 347).

II. Auf den Besitzschutz hat jeder Anspruch, der an einer Sache Besitz im Sinne des B.G.B. hat. Es ist oben (S. 22) ausgeführt, daß dadurch der Kreis der geschützten Inhaber erheblich erweitert ist, nicht bloß gegenüber dem römischen Recht, sondern selbst gegenüber der Ausdehnung der Schutzberechtigten im späteren gemeinen Recht. Einen besondern Zuwachs brachte die Anerkennung eines doppelten Sachbesitzes an derselben Sache, eines mittelbaren und eines unmittelbaren.

III. Jede Art des Besitzschutzes hat die Verletzung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht zur Voraussetzung (B.G.B. § 858ff.). Das besagt:

1. Der Besitz muß entzogen oder gestört sein. Wann eine Entziehung, wann eine Störung vorliegt, hat das Gesetz nicht näher bestimmt. Und doch ist die Antwort nicht immer zweifellos. Hier bieten die Erörterungen der gleichen Fragen in den Quellen und in der Jurisprudenz des gemeinen Rechts eine ergiebige Wegleitung.

2. Der Eingriff muß ohne den Willen des Besitzers erfolgt sein. Dazu genügt schon, daß er ohne die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Besitzers erfolgt ist.

Die Möglichkeit eines Doppelbesitzes erzeugt für das neue Recht die dem bisherigen unbekannte Frage, ob für die Zulassung des Eingriffs der Wille des unmittelbaren oder der Wille des mittelbaren Besitzers entscheidend ist. Die Frage kann hier nur angedeutet, nicht erledigt werden.

3. Der Eingriff muß nicht bloß eigenmächtig, sondern auch widerrechtlich sein. Aus der Natur des Besitzschutzes als einer Rechtseinrichtung folgt, daß er versagt gegen die eigenmächtige Wegnahme von Sachen, die und soweit sie vom Gesetz gestattet ist, sowie gegen eine vom Gesetz zugelassene beschränkende Einwirkung auf die tatsächliche Herrschaft über eine Sache.

Aber nur objektive Widerrechtlichkeit wird für den Besitzschutz gefordert, nicht daß sich der Handelnde der Widerrechtlichkeit bewußt war, nicht einmal, daß er sich der Widerrechtlichkeit hätte bewußt sein sollen. Hierin wich das römische Recht für den rekuperatorischen Besitzschutz ab (§ 17), während sich die spätere gemeinrechtliche Entwicklung dem Standpunkt des B.G.B. erheblich genähert hatte.

IV. Das B.G.B nennt den durch verbotene Eigenmacht erworbenen Besitz fehlerhaft und versagt ihm in gewisser Beschränkung den gerichtlichen Schutz. Das erinnert an die römischen vitia possessionis, an die Erwerbung des Besitzes durch Gewalt, durch heimliche Entziehung, durch widerrufliche Verleihung. Aber beide Begriffe decken sich nicht. Die heutige Fehlerhaftigkeit ist nicht beschränkt auf die durch Gewalt oder heimliche Besitzentziehung verübte widerrechtliche Eigenmacht und erstreckt sich nicht auf den Erwerb des Besitzes durch widerrufliche Verleihung.

Darin gehen beide Rechte wieder überein, daß die Fehlerhaftigkeit des Besitzes den gerichtlichen Schutz des Besitzers nicht schlechthin ausschließt, sondern nur gegenüber bestimmten Personen. Aber der Kreis dieser Personen ist im heutigen Recht weiter gezogen als im römischen, anknüpfend an eine Ausdehnung, die sich schon im späteren gemeinen Recht angebahnt hatte.

Die exceptio vitiosae possessionis stand nur dem Besitzer entgegen, der selbst den Besitz von dem Prozeßgegner durch einen der drei Fehler erworben hatte, nicht einmal dem Erben eines solchen Besitzers, geschweige denn einem sonstigen Nachfolger im Besitz (L. 53 poss. 41, 2 L. 1 § 9 L. 2 uti possid. 43, 17).

Hingegen läßt das B.G.B. die Fehlerhaftigkeit des Besitzerwerbs über die Person des Begründers des fehlerhaften Besitzes hinaus wirken gegen gewisse seiner Nachfolger im Besitz und zwar gegen seinen Erben schlechthin, gegen einen sonstigen Besitznachfolger dann, wenn er bei seinem Erwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gekannt hat (B.G.B. § 858 Abs. 2). Und die Fehlerhaftigkeit wirkt nicht bloß zugunsten dessen, der auf fehlerhafte

Weise um den Besitz gebracht wurde, sondern auch zugunsten seiner Rechtsnachfolger (B.G.B. § 861 Abs. 2 § 862 Abs. 2).

Nach römischem Recht konnte mit der Berufung auf die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes nur die Beschwerde wegen Besitzstörung zurückgeschlagen werden; die gewaltsame Besitzentziehung, nach vorjustinianischem Recht allerdings nur, wenn sie mit Waffengewalt (vi armata) ausgeführt war, sollte selbst einem früheren Besitzer nicht ungestraft hingehen, wenn er den ihm widerrechtlich entzogenen Besitz dem Täter wieder abgenommen hatte (Gai. IV 154, 155; § 4 I. de interd. 4, 15).

Das B.G.B. versagt dem fehlerhaften Besitz den Schutz wegen Störung und wegen Entziehung, wenn er gegen jemand verlangt wird, dem gegenüber der Beschwerdeführer fehlerhaft besitzt oder besaß (B.G.B. a. a. O.).

Diese weitgehende Duldung ist nach B.G.B. (a. a. O.) eingeschränkt auf die Dauer eines Jahrs von der Begründung des fehlerhaften Besitzes an gerechnet; nach Umfluß dieser Zeit tritt auch dieser Besitzstand in den vollen Schutz des Rechts ein. Eine gleiche zeitliche Begrenzung ist für die römische exceptio vitiosae possessionis zwar mehrfach behauptet, aber aus den Quellen nicht zu erweisen (Randa, Der Besitz § 7d Note 33).

V. Die gemeinrechtliche Gliederung des gerichtlichen Besitzschutzes in die Rechtshilfe zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes und zum Schutz des bestehenden Besitzes gegen Störung kehrt im B.G.B. wieder: der Besitzwiedererlangungsanspruch des § 861 entspricht der gemeinrechtlichen Spolienklage, dem erweiterten interdictum de vi, der Besitzwahrungsanspruch des § 862 dem interdictum retinendae possessionis.

Der Schutz zur Erhaltung des Besitzes ist durch den Ausschluß des summariissimum vereinfacht; seinem Zweck dient die einstweilige Verfügung nach Z.P.O. § 940.

Ebensowenig fand die Gesetzgebung ein Bedürfnis für eine außergewöhnliche Rechtshilfe nach Art der exceptio spolii.

Mit dem interdictum uti possidetis wurde häufig nur eine gerichtliche Entscheidung darüber angestrebt, wer von zwei, die den Besitz einer Sache in Anspruch nahmen, der Besitzer sei (Gai. IV 148; § 4 I. de interd. 4, 15). Um heute diese Frage zum Austrag zu bringen, bietet nicht ein Besitzanspruch die Handhabe, sondern eine Feststellungsklage nach Z.P.O. § 256.[1]

Eine weitere Abweichung vom römischen Recht bildet die völlige Ausschaltung der Verfolgung des Schadenersatzes aus dem Besitzprozeß. Für den Prozeß zur Wiedererlangung entzogenen

[1] Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs, 3. Aufl. § 25 No. 5.

Besitzes besteht keine Ausnahme, dem B.G.B. ist der gemeinrechtliche Deliktsstandpunkt (§ 17) fremd.

VI. Weil nach B.G.B. der Besitzanspruch wegen Besitzentziehung nur den Zweck hat, dem früheren Besitzer den Besitz wieder zu verschaffen, so bildet die Grundlage für die Haftung gegenüber diesem Anspruch der gegenwärtige Besitz der Sache, nicht die Begehung der Besitzverletzung. Der Urheber der Besitzentziehung wird von der Haftung frei, wenn er aufgehört hat, Besitzer zu sein, auch wenn er sich absichtlich des Besitzes entäußert hat; durch die gleiche Tatsache auch sein Besitznachfolger, der in die Haftung eingetreten war. Aber mit der bloßen Verwandlung des unmittelbaren Besitzes in mittelbaren, z. B. durch Hinterlegung der Sache, durch Verpachtung des Grundstücks, ist diese Befreiung nicht verknüpft, denn auch der mittelbare Besitzer unterliegt der Haftung.

Ohne jeden Zusammenhang mit der verbotswidrigen Handlung ist auch nach B.G.B. die Haftung gegenüber diesem Anspruch nicht. Denn sie erfaßt nicht jeden gegenwärtigen Besitzer der Sache, sondern nur einen solchen, der dem Ansprecher gegenüber fehlerhaft besitzt, also den Urheber der Entsetzung, seinen Erben und einen sonstigen Besitznachfolger, der bei seinem Erwerb die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers kannte.

VII. Sieht man von der immerhin nicht häufigen rekuperatorischen Wirkung des interdictum uti possidetis ab, so war der Zweck dieses Rechtsmittels nicht, Geschehenes in seinen Folgen wieder aufzuheben, sondern einem künftigen Eingriff vorzubeugen; es war nicht restitutorisch, sondern prohibitorisch: ne vis fiat ei, qui possidet. Die geschehene Handlung kam in Betracht, weil sie eine Gefahr für die Erhaltung des ruhigen Besitzstandes heraufbeschworen, nicht weil sie eine Verletzung verursacht hatte. In Verkennung dieser Richtung des Interdikts haben sich die gemeinrechtlichen Juristen viel unnötige Mühe gemacht, die verschiedenen quellenmäßig bezeugten Anlässe zu diesem Besitzschutz unter den Gesichtspunkt der vis zu bringen. Der die Gefahr erzeugende Umstand brauchte gar nicht selbst vis zu sein.

Vorbeugung ist auch der Zweck des Besitzanspruchs, der nach B.G.B. seine Veranlassung in einer durch verbotene Eigenmacht verübten Störung des Besitzes hat (§ 862). Dies ergibt sich aus dem vom Gesetz bestimmten Erfolg des Anspruchs: Beseitigung der Störung oder Gebot der Unterlassung, je nachdem die Störung zu besorgen ist aus einer vom Störenden gehaltenen körperlichen Anlage oder aus Handlungen des Störers. Hier wie dort ist der Schutz gerichtet auf Abwendung künftiger Beeinträchtigung. Der Anspruch auf Unterlassung setzt allerdings eine oder mehrere früheren Handlungen voraus, aber nur als Quelle der Gefahr für späteren

eigenmächtigen Eingriff. Wenn mir jemand die Fenster einwirft oder die jungen Bäume in meinem Garten durchschneidet, so verletzt er zweifellos meinen Besitz. Aber eine Klage gegen ihn auf Unterlassung würde eines Heiterkeitserfolgs nicht entbehren. Anders wenn mein Nachbar mir verboten hat, die für unsere Grundstücke gemeinsame Einfahrt zu benutzen, oder wenn das Militär auf seinem Schießplatz Übungen abhält, so daß die Geschosse auf mein Grundstück dringen.

Diese Übereinstimmung des heutigen Besitzanspruchs mit dem entsprechenden Rechtsmittel des früheren Rechts hat den nicht zu unterschätzenden Vorteil, daß für die heutige Rechtsanwendung das reiche Material an Einzelentscheidungen fruchtbar gemacht werden kann, das in den römischen Rechtsquellen, in der Literatur und in der Praxis des gemeinen Rechts aufgehäuft ist, ja selbst der Partikularrechte, die für den erhaltenden Besitzschutz den Standpunkt des gemeinen Rechts teilen.

Dem Besitzrechtsmittel zur Wahrung bestehenden Besitzes entsprechen auf dem petitorischen Gebiet die gemeinrechtliche actio negatoria, nach B.G.B. der Anspruch aus § 1004. Beide verfolgen nur vorbeugenden Rechtsschutz. Daher gilt auch für sie, was soeben für ihren possessorischen Seitengänger ausgeführt wurde.

VIII. Für das römische Recht wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß im Prozeß über das interdictum uti possidetis unter Umständen ein verlorener Besitz wieder erlangt werden konnte. Wie mir scheint, mit Recht. Zwar läßt sich dafür ein unmittelbares Zeugnis aus den Quellen nicht beibringen. Aber die rekuperatorische Wirkung ist eine Folge einerseits der Gegenseitigkeit dieses Prozesses und anderseits des Rechtssatzes, daß der frühere Besitzer obsiegte, wenn der ihm gegenüberstehende Besitzer den Besitz von ihm vi, clam vel precario erlangt hatte (L. 3 pr. uti possid. 43, 17). Wurde dem Kläger nachgewiesen, daß sein Besitz dem Beklagten gegenüber fehlerhaft ist, so lief der Prozeß in eine Verurteilung des Klägers zur Herausgabe der Sache an den Beklagten aus. Es läßt sich sogar die weitere Folgerung nicht abweisen, daß der frühere Besitzer mit dem interdictum uti possidetis gegen den von ihm fehlerhaft Besitzenden auftreten und dessen Verurteilung zur Herausgabe der Sache erzielen konnte.

Dem Besitzerhaltungsanspruch des B.G.B. ist der Wiedererlangungserfolg fremd. Stellt sich im Prozeß über diesen Anspruch heraus, daß der Kläger gegenüber dem Beklagten fehlerhaft besitzt, so ist der Ausgang des Prozesses nur die Abweisung der Klage.

IX. Das B.G.B. stellt in § 867 einen besondern Rechtsschutz für den Besizter einer beweglichen Sache auf, die aus dessen tatsächlicher Machtsphäre auf ein von einem andern besessenes Grund-

stück geraten ist. Es ist ihm die Befugnis zugesprochen, zum Zweck des Abholens das fremde Grundstück zu betreten unter Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, der durch das Abholen auf dem Grundstück verursacht wird. Gegen den Widerstand des Grundstücksbesitzers kann die gerichtliche Hilfe angerufen werden. Das Abholungsrecht endigt, sobald die Sache vom Besitzer des Grundstücks oder von einem Dritten in Besitz genommen ist. Damit erwacht aber der Anspruch auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes. Wenn eine Schädigung durch die Abholung zu besorgen ist, so kann der Zutritt zum Grundstück verweigert werden, bis für den Ersatz Sicherheit geleistet ist, es sei denn, daß aus dem Aufschub Gefahr für die Sache droht.

Für denselben Tatbestand (si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, si de ruina aliquid in tuam aream deciderit) und für denselben Zweck diente nach römischem Recht die actio ad exhibendum (L. 9 § 5 ad exhib. 10, 4 L. 25 i. f. A. E. V. 19, 1 L. 16 pr. praescr. verb. 19, 5), sowie ein interdictum, ne vis fieret dominis, quominus sua tollerent, auferrent (L. 15 ad exhib. L. 9 § 1 damno inf. 39, 2), aber auch: si modo damni infecti repromitterent (L. 9 § 1, 3 cit. L. 9 § 4 ad exhib.). Durch ein besonderes Interdikt war das Auflesen übergefallener Früchte geschützt (L. un. de glande legenda 43, 28). Allerdings waren die römischen Rechtsmittel den Eigentümern zugesagt; aber eine Verzögerung der gerichtlichen Hilfe wird daraus schwerlich entstanden sein. Selbst im Exhibitionsprozeß bot dem Beklagten die Bestreitung des Eigentums unter den bewandten Umständen wenig Aussicht auf Erfolg, zumal summatim kognosziert wurde,[1] andrerseits drohte ihm die Gefahr, in quanti ea res erit verurteilt zu werden.

Ich bin mit der Vergleichung zu Ende. Sie liefert das erfreuliche Ergebnis, daß die Regelung des gerichtlichen Besitzschutzes im B.G.B. einen entschiedenen Fortschritt gegenüber dem bisherigen Rechte bezeichnet. Was sich in diesem an Tauglichem fand, ist aufgenommen, das Unbrauchbare beiseite gelassen und der Neubau mit glücklicher Hand geführt. Ehre und Dank allen, die zu diesem Erfolg mitgewirkt haben.

[1] Demelius, Die Exhibitionspflicht § 16, und über die Anwendbarkeit im späteren gemeinen Recht § 54. Seuffert, Arch. VIII No. 49.

**Karl Gareis**
**München.**

# Vom Begriff Gerechtigkeit.

**Seitenhinweise in Text und Anmerkungen beziehen sich stets auf die unten in Klammern stehende eigne Paginierung jedes Aufsatzes.**

## § 1.

Verhältnismäßig selten, ja sehr selten ist in den Schriften der Juristen unserer Zeit von Gerechtigkeit die Rede: nur die strafrechtliche Literatur macht hierin eine Ausnahme, sie spricht gerade in neuester Zeit wieder viel von Gerechtigkeit, freilich nicht immer mit Worten der Anerkennung für diejenige Richtung, welche in der vergeltenden oder sühnenden Gerechtigkeit die leitende Idee für die Strafgesetzgebung oder Strafrechtspflege gefunden zu haben glaubt. Die übrige juristische Literatur beschäftigt sich mit der Gerechtigkeit fast gar nicht, sei es, daß man voraussetzt, der Begriff existiere unleugbar und seinen Postulaten sei jedenfalls zu gehorchen, so daß darüber kein Wort verloren zu werden braucht, sei es, daß man die Gerechtigkeit als Begriff ausweisen zu müssen glaubt aus dem Gebiete des Rechts und der Rechtswissenschaft, um ihn in das der Moral zu versetzen, in die er von jeher gehöre.

Der letzteren Ansicht huldigt, soweit es sich um die Gerechtigkeit im Sinne der allbekannten, auf Aristoteles zurückgeführten Definition Ulpians[1] handelt, der bayrische Gesetzgeber Wiguläus X. A. von Kreittmayr, wenn er sagt: „Die Justiz ... wird von Ulpiano ... constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, das ist eine beständige Neigung, jedem das Seinige widerfahren zu lassen genannt, welcher Definition auch nichts auszustellen ist, wenn die Rede nur von der Justitia interna, oder nach Grotii Sprach de Justitia Personae ist. In diesem Verstand aber gehört sie als Tugend mehr ad Ethicam als Jurisprudentiam. Hier hat man nur mit der Justitia externa, oder nach Grotianischem Ausdruck mit der Justitia Actionis zu tun, welche lediglich in äußerlicher Übereinstimmung der Handlung mit dem vorgeschriebenen Gesetz besteht."[2]

Wollte man hieraus nun den Schluß ziehen, es gäbe außer dem von Kreittmayr in sein Gesetzbuch aufgenommenen rein formalen Begriffe der Gerechtigkeit als „Übereinstimmung der Handlung mit dem Recht",[3] und dem vom Recht ausgeschiedenen Moralbegriff der

[1] Dig. I 1, 10 pr.

[2] W. X. A. v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem (1. Aufl. von 1758) I S. 3 zu I 1 § 2.

[3] Bayerisches Landrecht von 1756 (C. Max. bav. civ.) I 1 § 2.

Gerechtigkeit im persönlichen Sinne keine „Gerechtigkeit" im Reiche der Handlungen oder der Gedanken, so würde man irren; auch KREITTMAYR kennt noch ein Drittes, eine dritte Anwendungssphäre des Gerechtigkeitsbegriffs, neben der moralischen und der formalistischen, denn er erwähnt die Unterscheidung der Justitia naturalis vel civilis, je nachdem die Handlung dem natürlichen oder dem bürgerlichen Gesetz gemäß ist. Für den naturrechtsgläubigen KREITTMAYR eröffnet sich hiermit freilich noch ein sehr weites Feld der Anwendung des Gerechtigkeitsbegriffes, oder vielmehr er eröffnet es sich, und steht auch nicht an, die äußerste Konsequenz daraus zu ziehen: „Dem Gesetz der Natur wohnt die ganz besondere Eigenschaft der Unveränderlichkeit bei, dergestalt, daß Gott selbst nichts daran abändern kann; denn solang der Mensch diese und keine andere Natur hat, so lang kann[1] auch Gott seiner Heiligkeit und Gerechtigkeit nach nicht anders wollen, als daß das Gesetz, welches er selbst auf die Natur gegründet hat, also verbleibe" usw.

Auf diesem Wege will ich dem bayrischen Gesetzgeber des 18. Jahrh. nicht folgen, sondern ich will die Frage aufwerfen, ob es nicht für die Juristen des 20. Jahrhunderts einen Gerechtigkeitsbegriff gibt, der weder ein hölzerner Formalbegriff noch ein vager Moral- oder Naturrechtsbegriff ist, sondern von einem Gedanken getragen wird (oder einen solchen in sich trägt), welcher der geschichtlichen Auffassung von der Entwicklung des Rechts ebenso wie der philosophischen Weltauffassung im ganzen gerecht wird, dadurch selbst für den Streit der Strafrechtsschulen, so scharf sich die Meinungen derselben auch heutzutage wieder bekämpfen, eine gewisse Einigung bringen kann und selbst für die juristische Praxis nicht ganz unfruchtbar bleiben dürfte, und zwar auch außerhalb des Gebiets der Strafrechtspflege. Und bedenkt man zudem noch, daß die gesamte sozialpolitische Bewegung unserer Zeit auf den Begriff der „Gerechtigkeit" abgestellt ist und insbesondere im Gebiete der Güterbeherrschung vielfach die Verwirklichung der Idee der „Gerechtigkeit" angestrebt wird,[2] so wird man einer Betrachtung dieses Begriffes eine gewisse Berechtigung in unseren Tagen nicht absprechen dürfen.

[1] Über anthropomorphe Gestaltung des Gottesbegriffs (des Absoluten) und unzulässige Konsequenzen unten § 7 S. 25—28 mit den Anm.

[2] SCHMOLLER, Über einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft (1898) S. 76: „Die Gesetzgebung ist allmächtig; ihr Direktiv ist das Prinzip der Gerechtigkeit, sie wird zu jeder Zeit beherrscht von der Art, wie das Prinzip der Gerechtigkeit in den leitenden Geistern und der öffentlichen Meinung aufgefaßt wird." — Vgl. R. STAMMLER, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Leipzig 1896, und Derselbe, Die Lehre vom richtigen Rechte 1902. — PH. LOTMAR, Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Die Gerechtigkeit. Zwei Vorträge. Bern 1893 und die insbes. in Ann. 50 u. 51 S. 94, 95 angegebene Literatur.

## § 2.

Sprachwissenschaftlich betrachtet ist Gerechtigkeit als Substantiv gebildet aus dem Adjektiv gerecht: ge-rehtekeit[1] und bedeutet die Eigenschaft desjenigen, der dem Rechte (dem Rechten) entsprechend lebt, handelt, ist, — eine Eigenschaft, die einen dauernden Zustand[2] anzeigt. Gerechtigkeit ist mithin die Eigenschaft desjenigen, welcher seine Handlungen in der geraden Richtung, d. i. soviel, als der Ordnung, der richtigen Richtung der Lebensverhältnisse entsprechend, vornimmt.[3] Dahingestellt und unerörtert muß nun vorderhand bleiben, was dieses Richtige, Rechte oder Gerade inhaltlich sei (hiervon unten S. 7,8), dem der Gerechte in seinem Verhalten zustrebt oder sich anschließt, von der Eigenschaft des Gerechten ist hier zunächst ausschließlich die Rede. Diese Eigenschaft kann aber nicht bloß Menschen, sondern, wie sich ohne weiteres ergibt, auch ihren Handlungen und den Resultaten derselben zukommen; so spricht man von gerechten Werken, gerechten Verteilungen, gerechten Beurteilungen und folgeweise auch von gerechten Teilen, gerechten Richtersprüchen, gerechten Gesetzen.

Wird die Eigenschaft des Gerechten als erstrebenswert, die gegenteilige als verabscheuenswert, abscheulich, verwerflich bezeichnet, so ist nur noch ein kleiner Schritt zur Objektivierung dieser Eigenschaft, die Gerechtigkeit selbst wird dann zum Gute, zu einer idealen Sache, und gewinnt in dieser Objektivierung eine solche Höhe und Macht, daß das positive Recht, die Rechtsvorschriften, nicht mehr der Kern und Maßstab des Gerechten, sondern vielmehr umgekehrt nur der Versuch der Verwirklichung der Gerechtigkeit sind; die Rechtsidee allein ist dann der Kern und Maßstab der Gerechtigkeit, oder: die Gerechtigkeit ist die Idee des Gerechten, ist damit „eine nicht weiter zerlegbare Idee des Menschengeistes, nur mit sich selbst vergleichbar und trägt in sich selbst ihren Wert"; darum ist, so wird in diesem Gedankengange weiter gefolgert, „der oberste Zweck aller einzelnen Rechtsnormen die Verwirklichung der Gerechtigkeit, das Recht im Ganzen aber ist als verwirklichte Gerechtigkeit zunächst sich selbst Zweck."[4]

Diese Substantivierung der Eigenschaft, diese Objektivierung einer bloßen Qualität, ist nicht bloß ein Postulat einer idealistischen

---

[1] „keit": siehe W. Wilmanns, Deutsche Grammatik 2. Abt. 2. Aufl. 1899 S. 386.

[2] „ge": siehe A. Schleicher, Die deutsche Sprache (4. Aufl. 1879) S. 224 u. 225.

[3] K. v. Amira in H. Pauls Grundriß der German. Philologie IX § 4 und in Allg. Ztg. 1906 Beil. S. 459. Gareis, Enzyklop. u. Methodologie d. Rechtswissensch. 3. Aufl. 1905 § 5 S. 17 ff.

[4] Gierke, D. Priv.-R. Bd. I S. 120 ff.

Philosophie, vor allem der Hegels, sie ist viel älter und reicht viel weiter; nicht nur Rechtsbücher des deutschen Mittelalters, auch die antike Welt lebt unter der Objektivierung dieser Eigenschaft als einer Idee, es gibt eine platonische Idee der Gerechtigkeit, und die Personifikation derselben in der Figur der Themis oder Justitia mit Schwert, Augenbinde und Wage ist nur eine Konsequenz oder Weiterbildung jener Objektivierung.

Man braucht übrigens nicht so weit zu gehen wie die ebenerwähnten doktrinellen Objektivierungen und Personifikationen, um doch zu erkennen, daß die Gerechtigkeit — als Eigenschaft eines Menschen oder einer Handlung — unterschieden werden kann und muß von dem Rechte — als der Norm, die als Massenerscheinung, eine soziale Sekretion,[1] von und in einem bestimmten Gemeinwesen geschichtlich erzeugt, geschichtlich fortwährend umgewandelt wird und demnach inhaltlich je nach der Kulturhöhe und den Kulturbedürfnissen höchst verschieden gestaltet sein kann. Dies ist insofern selbstverständlich, als eine Eigenschaft (die Eigenschaft des Gerechtseins), selbst wenn sie substantiviert gedacht wird, einer andern Kategorie oder einem andern Gattungsbegriff angehört, als das Recht, die Norm, die Regel, nach welcher eine Handlung bestimmt wird oder eingerichtet werden soll.

Aber Recht und Gerechtigkeit treffen in zwei Punkten zusammen oder, wie man auch sagen kann, stehen in Wechselwirkung: die Gerechtigkeit richtet sich nach dem Rechte
und
das Recht richtet sich nach der Gerechtigkeit.

Das erstere ist der Fall, wenn die Gerechtigkeit in dem Sinne verstanden wird, wie es von Kreittmayr im bayr. Landrecht a. a. O. angenommen worden ist und noch heutzutage vielfach aufgefaßt wird: der Gerechte lebt nach dem Rechte, der gerechte Richter urteilt nach dem Rechte (d. i. rechtanwendende Gerechtigkeit).

Aber das Recht, d. i. die positive Norm, sie sei Gewohnheitsrecht oder Gesetzesrecht, wird andererseits von der Gerechtigkeit geschaffen, durch sie um- und fortgebildet, ergänzt und von ihr belebt (rechterzeugende Gerechtigkeit).[2]

Die übrigen Bedeutungen, die das Wort Gerechtigkeit in der deutschen Sprache hat, z. B. den weiten Sinn der biblischen Gerechtigkeit, die nichts anderes als Tugendhaftigkeit überhaupt oder Anständigkeit ist, oder die Bedeutung eines subjektiven Rechts, einer

[1] G. v. Mayr, Grundriß d. ges. Staatswissenschaft (2. Heft) 1906 S. 142. Vgl. auch v. Amira in d. Allg. Ztg. 1906 Beil. S. 459.

[2] Andere Unterscheidungen von justitia, an denen besonders die scholastische Literatur reich ist, siehe bei Hugo Grotius, De jure belli ac pacis I 1, 8; II 17. 20, 1 ff. u. a.

Berechtigung[1] (z. B. einer Dienstbarkeit), einer Gerechtsame[2] hier als nicht interessierende Begriffe übergehend, beschränke ich mich zunächst auf die Untersuchung des Begriffes der rechterzeugenden Gerechtigkeit.

## § 3.

Die rechterzeugende Gerechtigkeit ist nichts anderes als der Rechtssinn oder Rechtstrieb, eine im Menschen vorhandene und wirkende Kraft. Diese Kraft ist mystisch, in dem Sinne wie der Philosoph[3] das letztere Wort versteht, es gibt einen Rechtsinstinkt, und jeder Instinkt ist mystisch: „Erfüllung des Bewußtseins mit seinem Inhalte (Gefühl, Gedanke, Begehrung) durch unwillkürliches Auftauchen desselben aus dem Unbewußten" (HARTMANN), — was so auftaucht, ist zunächst nur ein absolut unbestimmtes Gefühl ohne einen bestimmten es motivierenden Inhalt, aber mit dem Streben, einen Inhalt oder eine jenes Unbestimmt faßbar machende Form zu gewinnen. Auf jeder uns bekannten Kulturstufe der Entwicklung der Menschheit finden wir dem Menschen die Fähigkeit und das Bedürfnis gegeben, die ihm durch die Sinne (Auge, Ohr usw.) gewordenen Eindrücke (sinnliche Wahrnehmungen, Erfahrungen) zu ordnen, das Einzelne dem Allgemeinen begrifflich zu subsumieren,[4] es einzureihen in die Reihe ähnlicher, verwandter, gleicher Erscheinungen, — warum er dies tut, tun muß, niemand weiß es, aber es ist so, es ist das Wirken des Denkgesetzes, Denkgrundgesetzes im Menschen, und dieses ist mystisch in dem vorhin angedeuteten Sinne; mystisch ist aber auch das Empfinden einer Einwirkung des Wahrgenommenen auf das eigene Behagen oder Unbehagen, die Erzeugung eines Lust- oder Unlustgefühls durch den wahrgenommenen Sinneseindruck;[5] mystisch sind diese Lust- und Unlustempfindungen[6] insofern sie instinktiv sich ereignen,

[1] Im Sinne von Berechtigung und deren Gegenstück: Schuldigkeit wird das Wort justitia in den Kapitularien der fränkischen Könige gebraucht, vgl. Capitulare de justitiis faciendis, siehe BORETIUS in Mon. Germ. LL. 4° sect. II. tom. I (1883) p. 176. Hierüber s. GAREIS, Bemerkungen zu Kaiser Karls d. Gr. Landgüterordnung (Abh. zu Konrad von Maurers 70. Geburtstag, Göttingen 1893) S. 215 ff. Vgl. ferner GAREIS, Landgüterordnung Kaiser Karls d. Gr. (1895) S. 27 (cap. 4), 52 (c. 52), 53 (c. 56).

[2] Diesen Ausdruck gebraucht B.G.B. § 444.

[3] EDUARD VON HARTMANN, Philosophie des Unbewußten, 11. Aufl. 1904, Bd. I S. 314 ff.

[4] FELIX DAHN, Über Wesen und Werden des Rechts, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. III (1880). GAREIS, Enzyklop. 3. Aufl. S. 4.

[5] E. v. HARTMANN a. a. O. I 353; auch S. 319: von dem Mystischen als absolut unbestimmtem Gefühl erfährt das Bewußtsein nichts als Seligkeit oder Unseligkeit schlechthin.

[6] SIGMUND EXNER, „Die Moral als Waffe im Kampfe ums Dasein", Almanach der Kaiserlichen Akademie d. Wiss., Wien 1892 S. 260 ff.

von der Natur dem Menschen gegeben sind, und „die Natur, nicht der Mensch, verfolgt mit dem vererbbaren Vermögen, gewisse Vorstellungen mit Empfindungen zu verknüpfen, den Zweck der Erhaltung des Individuums, der Nachkommenschaft und der Sozietät".[1] Geschichtlich tritt der Mensch, soweit wir von seiner Natur als Mensch sprechen können, stets in Gemeinwesen (Horden, Sippen u. dergl.)[2] auf, und nur in Gemeinwesen und zuerst auch nur für Gemeinwesen entwickelt sich jene Friedensordnung, die wir das Recht im objektiven Sinne nennen.[3] Die Gemeinwesensinteressen lernt der Mensch spätestens gleichzeitig mit seinen eigenen Sonderinteressen kennen, — vielleicht aber auch viel früher — unbewußt empfindet er Behagen (Lust) an Wahrnehmungen und Handlungen, die dem Gemeinwesen nützen, und Unbehagen (Unlust) bei den dem Gemeinwesen schädlichen Ereignissen, man nennt diese individuelle (und Gattungs-) Reaktion den sozialen Instinkt.[4]

Diesen Trieben und Empfindungen entsprechend regelt sich das Leben der Horden oder anderen Menschengruppen auf früher Kulturstufe sozusagen von selbst: die Regelung (Ordnung, Friedensordnung) ist von der Natur[5] (des Menschen und der Menschengruppen) gegeben; unbewußt wirkt diese Ordnung, unbewußt wird dem gefolgt, was von je so gegolten hat, d. h. von jeher, soweit man es weiß, so gewesen ist. Die althochdeutsche Sprache bezeichnete eine solche von selbst gegebene Ordnung als êwa, ein Wort, das von den Einen[6] auf eine „uralte Zeit", von den Anderen[7] auf eine „Billigkeit" bedeutende sprachliche Wurzel zurückgeführt wird, in jedem Falle aber das für heilig zu haltende Recht, das hergebrachte Richtige, das nicht von menschlicher Klugheit und Erwägung gemacht, sondern von einer unbewußt im Menschen wirkenden Kraft, dem Denkgesetz und Rechtstrieb erzeugt ist und mit Naturnotwendigkeit sich durchsetzt. Von solchem Unbewußten sagt der Philosoph,[8] daß es göttlich ist, und

[1] S. Exner a. a. O. S. 264.

[2] J. Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft (1902) S. 1—4, 105 ff. und Allg. Ztg. 1906 Beil. N. 250. K. v. Amira, Allg. Ztg. 1906, Beil. N. 284 S. 457.

[3] Gareis, Enzyklop. S. 81 ff.

[4] Gareis, Enzyklop. S. 5, 7, 24.

[5] „Daß das Recht sei, ist der Menschheit immanentes Lebensgesetz." Wach, Leipziger Rektorratsrede 1892 S. 21. Daher auch die gleiche Entstehung des Völkerrechts als jus necessarium, siehe Gareis, Völkerrecht (2. Aufl.) § 9 S. 33, insbes. bei und in Anm. 3; hierüber siehe eingehend unten S. 17, 18, und die dort angegebene Literatur.

[6] H. Brunner, D. R.-Gesch. 2. Aufl. S. 151 Anm. 3: zu got. aivs Zeit, lat. aevum, skr. é'va Lauf. Gewohnheit nach Schrader, Reallexikon S. 658.

[7] Kluge, Wörterbuch S. 88. v. Amira, Grundriß, S. 57 = aequum.

[8] E. v. Hartmann a. a. O. Vgl. unten S. 25 ff.

göttlich in diesem Sinne ist das Bestehen einer Rechtsordnung (nicht notwendig aber der Inhalt derselben) auch in der Auffassung des deutschen Mittelalters.[1] Allerdings ist denjenigen[2] beizustimmen, die es als durchaus verkehrt bezeichnen, daß schon das germanische Heidentum in der ältesten Rechtsordnung ein Werk göttlicher Herkunft erblickt habe oder ihre Überlieferung ein Werk der Priester gewesen sei: auf der Kulturstufe der Germanen in der vorfränkischen Zeit wurde über das Recht überhaupt nicht reflektiert,[3] seine Ordnung wurde als selbstverständlich angesehen, und nur wir geben diesem Selbstverständlichen oder Unbewußten jenes erhabenste Prädikat, weil wir damit am sichersten andeuten, daß es nicht der menschlichen Verstandestätigkeit entstamme, sondern neben, außer und über derselben vorhanden ist und wirksam wird.

Wie kann aber eine Ordnung (eine Regelung, ein Gesetz) überhaupt bestimmend auf den Menschen einwirken? Diese hier zu berührende Frage wirft KANT[4] auf, um sie sofort als nicht zu beantwortende Frage zu bezeichnen. „Wie ein Gesetz", sagt er, „für sich und unmittelbar Bestimmungsgrund des Willens sein könne, dies ist ein für die menschliche Vernunft unauflösliches Problem." In einem gewissen Gegensatz zu KANTS Negative steht das moderne Bestreben, den Übergang von dem Gesetz zum bewegten Willen in Vorstellungen zu finden, in Vorstellungen, welche jenes Lust- oder Unlustgefühl hervorrufen; denn ebenso wie Wahrnehmungen von Tatsachen werden auch Vorstellungen durch das Denkgesetz subsumiert und eingeordnet (als Vorstellungen des Rechtmäßigen oder des Unrechtmäßigen) und erzeugen dann die entsprechenden Lust- oder bezw. Unlustgefühle, Behagen oder Unbehagen; so gibt es gegenüber einem Gesetz, welches uns einen bestimmten Genuß verbietet, zunächst zweierlei Vorstellungen, die des trotz des Verbotes erlangten Genusses (Bedürfnisbefriedigung) und die des verbotentsprechend versagten Genusses, der ersteren dieser Vorstellungen kann aber, je nach dem Inhalte des Gesetzes, wenn es keine lex imperfecta ist, die Vorstellung der Strafe, der letzteren derselben die Vorstellung eines Lohnes sich anreihen und dadurch werden die Motive für und gegen die Vornahme der verbotenen Handlung (Bedürfnisbefriedigung) verstärkt;[5] denn das Lustgefühl und bezw. das Unbehagen entsteht wie bei Wahrneh-

[1] Vgl. GIERKE, D. Privatrecht I S. 120 ff. Anm. 33, 34.

[2] v. AMIRA, Grundriß S. 57—58, mit der in Anm. 1 S. 58 angegebenen Literatur.

[3] Daß in der germanischen Zeit eine Anknüpfung des Rechts oder rechtlicher Institutionen an den Götterglauben nicht zu finden ist, wird auch bei Erörterung der Ordalien berührt, siehe unten S. 27 Ziffer 2.

[4] IMMANUEL KANTS Werke, herausgegeb. von G. HARTENSTEIN IV. Bd. S. 184.

[5] GAREIS, Enzyklop. (3. Aufl.) § 7 I S. 30, 31, § 51 S. 175—178 (ebenso schon 1. Aufl. 1887, S. 26, 27, 150—153).

mung fremder Handlungen so bei der Vorstellung eigenen Verhaltens. Durch die Einschiebung des Begriffs Vorstellung kommen wir aber dem von KANT als unlöslich bezeichneten Problem doch nur scheinbar einen Schritt näher: es bleibt immer noch ein Rätsel, wie die Vorstellung zur Tat, sei diese Gesetzesbeobachtung oder Rechtsbruch, Befriedigung des Bedürfnisses oder Abwendung vom verbotenen Genusse, werden könne.[1] Denken wir uns einen Menschen, der an Zunge, Händen und Füßen völlig gelähmt ist, so werden wir diesem zwar zutrauen, daß er bei gewissen Wahrnehmungen und ebenso bei Vorstellungen Lust- und bezw. Unlustempfindungen haben könne, aber zur Tat werden diese Empfindungen ihm nicht; und wenn wir uns den Menschen auch mit gesunden Extremitäten und Organen denken, die Lücke bleibt doch: auf der einen Seite die Vorstellungen mit ihren Folgeempfindungen, auf der anderen das tatsächliche Verhalten und dazwischen die Kluft; diese zu überbrücken, genügt es nicht, die Bewegungs- oder motorischen Nerven in Betracht zu ziehen, denn diese werden auch nicht durch Vorstellungen und Empfindungen (psychische Momente) angeregt, auch nicht genügt die Heranziehung des Willens, gleichviel, ob er als frei oder als unfrei zu bezeichnen wäre, denn auch er ist ein der psychischen Sphäre angehörendes Moment, das Einwirken der Psyche auf die Physis, des Geistes auf die Materie bleibt immer noch rätselhaft, wir müssen wieder das Unbewußte[2] zu Hilfe nehmen und eine besondere Kraft oder Energie, einen Umsetzungstrieb annehmen, der bestrebt ist, die motorischen Nerven im Sinne der Vorstellungen anzuregen; ich nenne diesen Trieb den Umsetzungstrieb, weil er die Idee in die Wirklichkeit umzusetzen sucht (Verwirklichungstrieb).

Kann dieser energische Verwirklichungstrieb, der, den Vorstellungsreihen und Empfindungen folgend, das Angenehme erstrebt, das Unangenehme auszuschließen sucht, vom Individuum ausgeschaltet, im einzelnen Falle außer Wirksamkeit gesetzt werden? Dies ist die Frage, die von den Deterministen unbedingt mit nein, von den Indeterministen unbedingt mit ja beantwortet wird; ich darf an dieser Stelle die Frage unbeantwortet lassen, nämlich die Frage nach dem Können, ich nehme an: der Umsetzungstrieb wird tatsächlich — in der Regel — nicht ausgeschaltet, und so entsteht eben die Regel, die Ordnung, das Recht in den Handlungen der Menschen. Mittels dieses Vorgangs erzeugen die Lust- und Unlustempfindungen der Menschen auf früher Kulturstufe um so leichter eine Ordnung, als die Vorstellungen in einer solchen Kultur außerordentlich einfach und gleich-

[1] Auf diese Lücke hat A. KÖHLER (München) in Jur. Lit.-Blatt 1906 No. 2 (No. 172) S. 43 mit Recht aufmerksam gemacht.

[2] Im Sinne ED. v. HARTMANNS.

mäßig bei nahezu allen Individuen derselben Horde oder Sippe usw. sind: würde ein Individuum bei einer Vorstellung, die in den anderen Individuen desselben Gemeinwesens Abscheu, Ekel, Zorn, kurz ein unangenehmes Empfinden hervorruft, abweichend hiervon Freude, Wohlbehagen, Wonne empfinden, so würde es bei denjenigen Mitgliedern der Horde und dergl., die dies wahrnehmen, seinerseits ein unangenehmes Empfinden hervorrufen, Zorn, Ekel, Abscheu, und diese unangenehmen Empfindungen der Hordegenossen werden von ihnen in die Tat umgesetzt durch Ausstoßung, Verbannung, Friedloslegung, Tötung des Urhebers dieser das Ganze kränkenden Empfindung.[1]

Zu einer Gleichheit der Personenbewertung oder der Vermögensverteilung, zu völliger Assimilierung der Lebensverhältnisse innerhalb des primitiven Gemeinwesens braucht aber dieses Hordenempfinden und das demselben entsprechende Verhalten der Einzelnen keineswegs zu führen; denn auch das Häuptlingsrecht kann, ja muß aus jenem Empfinden erklärt werden: die Horde empfindet Lust, wenn der Mann, der sie zum Siege geführt oder aus schwerer Not weise ratend und kühn handelnd befreit hat, geehrt wird und Gehorsam findet, und sie empfindet Unlust (eliminiert oder „straft“[2] daher), wenn ihm Hindernisse in dem den Seinen gewidmeten Tun oder Wollen bereitet werden oder wenn er gar verletzt wird; somit braucht man auch die Entstehung des Staatsrechts eines Patriarchalstaats oder Heroenstaats nicht auf bloße Gewalttat zurückzuführen, sondern eben auch auf jenes Lust- und Unlustempfinden.

Die Gerechtigkeit ist auf dieser Kulturstufe, der Kultur der êwa,[3] nichts anderes als die Eigenschaft des Reagierens gemäß den Lust- und Unlustempfindungen des Gemeinwesens, die Eigenschaft des Einzelnen und seines Gemeinwesens dem sozialen Instinkte gemäß zu handeln; als „gerecht“ muß für diese Kultur bezeichnet werden jede Handlung, die diesem Instinkte entspringt oder entspricht, nicht bloß die Gemeinwesenshandlung (wie primitive Rechtspflege, Lynchjustiz, Steinigung auf handhafter Tat und dgl.), sondern auch die ebenso entsprungene Handlung des Einzelnen (Selbsthilfe, Rache, Blutrache, Fehde), vorausgesetzt nur, daß diese Reaktionshandlung nicht etwa selbst das Lustempfinden der Gemeinde verletzt, das Unlustempfinden derselben erregt.[4]

[1] Vgl. unten § 6 S. 22 ff.

[2] Siehe unten S. 23, 24.

[3] Siehe oben S. 8.

[4] „Der erste Antrieb, begangenes Unrecht zu ahnden, liegt in der Eigentümlichkeit der menschlichen Natur, für das erlittene Leid, für die zugefügte Kränkung vergeltende Rache zu üben.“ So L. Günther in seiner Habilitationsschrift: Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Abteilung I: Die

## § 4.

Mit dem Steigen der Kultur, welcher durch bessere körperliche und geistige Entwicklung, zufolge Seßhaftigkeit bei der einen und Wanderung bei anderen Gruppen von Gemeinwesen unter kriegerischer, dann auch friedlicher Berührung mit fremden Gruppen (Handel, Kolonien usw.) bewirkt wird, vermehren sich die Vorstellungen und Vorstellungsketten bei den Individuen wie bei den Gemeinwesen. Die Bewertung der einzelnen Handlung vom Standpunkte des sozialen Instinktes aus ist dann nicht mehr so einfach wie in der Kulturzeit der êwa.

Die rechterzeugende Gerechtigkeit ist auch auf dieser Stufe nichts anderes als der Rechtstrieb; auch auf ihr betätigt sich der soziale Instinkt wie auf der Vorstufe, das Lust- und Unlustempfinden ist auch hier wirksam vorhanden bei den Einzelnen wie bei den Gemeinwesen. Aber wegen der Verschiedenheit der hier gewonnenen Vorstellungen und der folgeweise vorhandenen verschiedenen Bewertung einer Handlung, über deren Wert oder Unwert auf der Vorstufe bei niemand ein Zweifel war, weil dort der soziale Instinkt ja ohne Bewußtsein auftrat, mit anderen Worten wegen des nun in Tat und Bewußtsein tretenden Gegensatzes von Egoismus und Altruismus[1]

---

Kulturvölker des Altertums und das Deutsche Recht bis zur Carolina. (1889) S. 5. — Die Einzelrache, aber auch jede andere Rache ist jedoch meines Erachtens Wut, wütende Reaktion, nämlich leidenschaftliche Reaktion ohne Rücksicht auf das Gemeinempfinden, daher nicht Gerechtigkeit, und zudem stets in Gefahr, selbst in eine Verletzung der letzteren auszuarten. Daß der Vergeltungsgedanke nicht der ursprünglich leitende und überhaupt nicht konsequent haltbar ist, obgleich L. Günther recht haben mag, wenn er den Wiedervergeltungsgedanken wenigstens in seiner rohesten Form, die Talionidee, mit religiösen Anschauungen roher Völker in Verbindung bringt (a. a. O. S. 20ff.), wird unter § 6 S. 24 dargestellt.

Über Selbsthilfe, Blutrache und überhaupt Privatrache als allgemeine Institute der indogermanischen Völker siehe Bernhöft in der Z. f. vergl. Rechtswiss. I S. 6, 9, 13 ff., und vgl. hierzu überhaupt die von L. Günther a. a. O. Anm. 8 angegeb. Lit.

[1] Die Fähigkeit des Lust- und Leidempfindens und hiernach Werte, auch moralische Werte zu unterscheiden, wird hier beim Einzelnen wie beim Gemeinwesen vorausgesetzt; hierüber, insbesondere über die Verbindung zwischen dem Sein und den allgemeinen Lust- und Unlustgefühlen, dann die ästhetischen und moralischen Werte siehe Ludwig Busse, Philosophie und Erkenntnistheorie (Leipzig, S. Hirzel, 1894) S. 136—140. Den harmonischen Ausgleich der egoistischen und der altruistischen Gefühle erhofft die Philosophie und erstrebt das Christentum, vgl. Herbert Spencer, Die Prinzipien der Soziologie, übersetzt von Vetter und Carus, Bd. IV (Stuttgart 1897) § 853 S. 673 ff. einerseits und Matth. Evang. 5, 44 und 22, 39, Marc. 12, 31, Joh. 13, 34 f. andererseits (siehe auch hier unten S. 18 Anm. 3), — über ersteren vgl. auch Ludwig Busse, Die Weltanschauungen der großen Philosophen der Neuzeit (Leipzig, B. G. Teubner 1904) S. 159 ff.

macht das Gemeinwesen in zunehmendem Maße den Versuch, sein Lust- oder Unlustempfinden den Individuen zu oktroyieren; es muß diesen Versuch machen, weil sonst Unsicherheit darüber entsteht, was zu unterdrücken sei, und was nicht;[1] es kann diesen Versuch machen, weil es stärker ist als das einzelne (nichtführende) Individuum, sei es, daß die Mehrheit der Hordengenossen oder die führenden Geister derselben oder der leitende Geist und Mut eines Einzelnen (s. Häuptlingsrecht) das Gemeinwesen vertritt oder reden läßt; auch diese Versuche sind vom Rechtstrieb veranlaßt und vom sozialen Instinkt getragen, und zwar zu Anfang dieser Perioden gewiß ebenso unmittelbar, naiv und unbewußt eines Kulturzieles unternommen, wie die Bewertungen der menschlichen Handlungen im Zeitalter der êwa seitens Einzelner (als Handelnder, Rächer oder Richter) oder der Horden und Sippen.

Die auf dieser Kulturstufe sich — wiederum naturgemäß — geltendmachende Notwendigkeit, dem Lust- und Unlustgefühl des Gemeinwesens einen alle orientierenden Ausdruck zu geben, führt zunächst zur Festhaltung des Hergebrachten als Regel, und zwar nun auch dann, wenn nicht mehr der naive oder leidenschaftliche Naturtrieb allein diese Regel zu befolgen zwingt, sondern wenn man sich schon bewußt ist, daß es auch anders sein könnte. Es bedeutet dies eine häufig übersehene Zwischenstufe, die ursprüngliche unmittelbare Zeugungskraft der rechtschaffenden Gerechtigkeit ist von der beginnenden Überlegung zurückgedrängt, aber diese Überlegung sagt sich, daß das, was in jener Vorperiode als Regel gegolten, festgehalten werden müsse: man übt dann jenes uralte Recht bewußt als das geltende Recht; ich vermeide den Ausdruck Gewohnheitsrecht, obgleich er auf dieses Recht paßt, aber Gewohnheitsrecht ward auch in der Zeit der êwa geübt, diese war ja vielfach Gewohnheitsrecht, aber in jener Urzeit ward es geübt, weil es nicht anders sein konnte, nun aber, bei gestiegener Kultur ist schon der Gedanke aufgetaucht, daß es auch anders Rechtens sein könnte (ein Gedanke, der in der Urzeit gar nicht möglich war), und diesem Gedanken gegenüber treten nun höchst verschiedene Bestrebungen in den entwickelteren Gemeinwesen auf, konservative, ja hyperkonservative, die das Hergebrachte um jeden Preis noch als ausschließlich berechtigt auffassen, und deren

[1] Ganz zutreffend bemerkt Lothar Seuffert, Über richterliches Ermessen (Akad. Festrede, Gießen, 1880) S. 9: „Die Tatsache, daß die ältesten uns bekannten Gesetze durchschnittlich dem richterlichen Ermessen wenig Raum lassen, jedenfalls viel weniger als die Gesetze späterer Entwicklung, erklärt sich sehr wohl aus der Betrachtung, wie und warum sich der Übergang vom Gewohnheits- zum geschriebenen Recht vollzogen hat und noch vollzieht. Die dem Gewohnheitsrecht innewohnende Freiheit des richterlichen Ermessens mit der steten Gefahr subjektiver Willkür ist einer der Gründe, welche den Übergang zum geschriebenen Recht veranlassen usw."

Vertreter sich dann um möglichste Fixierung und Heilighaltung des Herkommens ängstlich und energisch bemühen,[1] und andererseits Bestrebungen der entgegengesetzten Richtung, neue Regelungen aufzubringen und diese ausdrücklich als vom Gemeinwesen gewollt, weil seinem Lust- bezw. Unlustempfinden ent- oder widersprechend, auszusprechen. Zwischen den Extremen liegen zahlreiche Mittelglieder: es kommt zur Aufzeichnung, Fixierung, ja ausdrücklichen Sanktionierung des Gewohnheitsrecht, sei es in ganzen Sammelwerken, sei es in einzelnen Weistümern, und daneben zu zuerst einzelnen Spezialgesetzen (wie wir jetzt sagen würden), dann zu zusammenfassenderen Werken der Gesetzgebung, in welche teils sanktioniertes Gewohnheitsrecht aufgenommen, teils ausgesondert, verworfen, durch bestimmte Erklärungen des Volks- oder Herrscherwillens verdrängt und ersetzt wird.

Diesen mannigfaltigen Erscheinungen gegenüber wird der Gerechtigkeitsbegriff — scheinbar wenigstens — ebenfalls mannigfaltig: die rechtanwendende Gerechtigkeit wird vielfach formalistisch (soweit nicht sog. freies Recht[2] bleibt), die rechterzeugende Gerechtigkeit scheint nicht mehr der allein schaffende oder wenigstens ausschlaggebende Faktor in der Bildung des geltenden Rechts zu sein, sondern ersetzt oder mindestens zurückgedrängt durch praktische Motive anderer Art, die den Gesetzgeber bewegen, namentlich in Spezialgesetzen läßt sich der Gesetzgeber durch Rücksichten auf besondere Zwecke leiten, die er in den einzelnen Geboten und Verboten anstrebt.

Bei der uns naheliegenden Betrachtung des Entwicklungsganges des Rechtes in Deutschland werden in diesem Stadium noch andere Erscheinungen wirksam, so die skrupellose Entlehnung fremder Rechte und der Aufbau ganz neuer Rechtsgebilde zufolge Veränderung der Lebens- und Staatsverhältnisse (Städtewesen, Gewerbe, Landeshoheiten innerhalb des Reiches u. a.), wirksam in der Richtung des Zurückdrängens des sozialen Instinktes als rechtsbildenden Faktors. Aber im Hintergrunde steht dieser doch noch, und wo es not tut, kommt er auch hier zur Geltung. Der Inhalt des im Drange verschiedener Motive bewußtermaßen gebildeten Rechtes ist freilich sehr verschieden; der Rechtssinn der Westgoten sieht die furchtbaren Prügelstrafen ihres Kodex für ebenso berechtigt an, wie der mittelalterliche deutsche Rechtsgedanke sich mit Ketzerverbrennung, Hexenverfolgung, Folter und grausamen, verstümmelnden Strafen abfindet. Die Gerechtigkeit als Eigenschaft der Menschen steht eben in Verbindung mit den anderen Eigenschaften der Menschen,[3] mit

[1] So entstand ein großer Teil der Vedenliteratur des alten Indien.

[2] Siehe unten § 8 S. 28ff.

[3] Über diese Zusammenhänge siehe GAREIS, Enzyklop. § 6 III a. E. S. 28.

ihrer Gefühlsroheit wie mit ihrer wirklichen oder vermeintlichen Religiosität oder Frömmigkeit, aber selbst die fanatische Verfolgung Andersdenkender und die raffinierte Grausamkeit willkürlich Strafen erfindender Richter kann noch als Resultat der — freilich von der üblen Nachbarschaft anderer Eigenschaften der Menschen infizierten — Gerechtigkeitsidee angesehen werden, gleichviel ob der Rechtssinn anderer Zeiten gegenüber jenen Vertretern der Justiz auszurufen zwingt: „Verzeihe ihnen, sie wissen nicht, was sie tun!“ oder „Wer den Besten seiner Zeit genug getan, der hat gelebt für alle Zeiten.“ Bringt somit die Reflexion, das bewußte Handeln der Menschen als Gesetzgeber und Richter eine Verwilderung und Verrohung in die Rechtsbildung und Rechtspflege, so beginnen um dieselbe Zeit doch auch schon Unterscheidungen sich geltend zu machen, die Fortschritte im Rechte bedeuten, so die Berücksichtigung einzelner Motive und die Annahme von Schuldgraden, und damit eröffnet sich eine neue Perspektive für die Gerechtigkeit: die Individualisierung der Handlungen nach den Individuen, welche sie vornehmen oder dafür verantwortlich gemacht werden. Die vorerwähnten ungleichen Vorstellungsreihen führen zu ungleichen Handlungen, das Lust- und Unlustempfinden der Individuen, aber auch das der herrschenden Gemeinwesen wird dadurch verschieden angeregt, Konflikte entstehen im Menschen und unter den Menschen in bezug auf die Bewertung, die Gerechtigkeit nimmt ihren Maßstab nicht mehr naiv aus dem sozialen Instinkt, d. i. aus sich selbst allein, nicht mehr aus dem Unbewußten allein, wie im Zeitalter der êwa, sondern sie nimmt Ideale aus dem Bewußten, sie läßt sich durch Erwägungen leiten, die nicht von der reinen Natur, sondern von der Kultur der Menschheit ausgehen. Wie dann die Ansichten der Menschen in bezug auf die Kulturideale auseinandergehen, so auch die Bewertung ihrer Handlungen in Recht und Unrecht, durch Gesetzgebung und Rechtspflege.

## § 5.

Auf der Kulturhöhe der Neuzeit, in Europa zumal, setzt sich die Verschiedenheit der Anschauungen über die Menschheitsideale und der diesen entsprechenden bewußten Rechtsbildungen fort, das instinktive Handeln räumt dem bewußten, das instinktive Rechtfinden dem bewußten Gesetzgeben und dem entsprechenden Rechtsprechen das Feld fast ganz, — aber doch nicht ganz: und dem Gesetzgeber selbst schwebt stets die Gerechtigkeit als ein Leitstern vor, dem er oft ausgesprochen, — oft aber auch unausgesprochen folgt.[1] Aus der

[1] Liest man die Protokolle oder Stenogramme über gesetzgeberische Verhandlungen unserer Zeit oder die Denkschriften oder Begründungen zu modernen Gesetz-

Mannigfaltigkeit der bewußt gewählten Ideale der Gesetzgeber und ihrer Werke, aus der bunten Menge der Rechtsbildungen und der durch sie erstrebten Zwecke, aus allen Konflikten über die Interessen der Einzelnen und der Gemeinwesen in, außer und über den Staaten ragen drei monumentale Erscheinungen der Gerechtigkeitsidee, die der Neuzeit angehören und den Stolz und die Hoffnung derer bilden, die in der Gerechtigkeit den oder einen Zentralbegriff der menschlichen Kultur und in der ganzen Entwicklungsgeschichte eine einheitliche immanente Idee,[1] die sich kraft des Schöpfungsplanes entfalten muß, erblicken und verehren. Diese drei Emanationen der Gerechtigkeitsidee sind:

1. die Anerkennung der Interessengemeinschaft der Staaten und Völker;

2. die Anerkennung eines als „öffentliches Wohl" bezeichneten Interesses jedes Staats und

3. die Anerkennung des Rechts der Persönlichkeit (der Menschenwürde) in jedem Menschen.

Auf diesen drei Errungenschaften der menschlichen und insbesondere sozialen Entwicklung beruht unsere heutige Kulturordnung, soweit sie überhaupt auf juristischen Momenten steht.

Zu 1. Die Anerkennung der Interessengemeinschaft der Staaten und Völker hat auf dem Rechtsgebiete das Völkerrecht erzeugt und im Völkerrecht ihren juristischen Ausdruck gefunden. In der tatsächlichen Schaffung eines Systems von Rechtsregeln für das Verhältnis der Staaten untereinander ist eine Äußerung des sozialen Instinktes zu begrüßen, die noch heutzutage keine andere Fundamentierung hat als eben diesen Instinkt, die necessitas, eine Quelle, ja die erste und älteste Quelle aller völkerrechtlichen Normierung und Bindung, eine einfache und unmittelbare Folge der Lust- und Unlustempfindung der Menschen gegenüber sie fördernden bezw. sie bedrohenden Erscheinungen, — ganz so wie im Zeitalter der êwa die Normierung auftauchte und gegolten hat. Worin denn sonst liegt die bindende Kraft jenes ca. 1300 Jahre vor Chr. vom Pharao Ramses II. (Sesostris) mit dem Hethiterkönig abgeschlossenen großen Friedens-

---

entwürfen, so begegnet man an zahllosen Stellen den Redewendungen: „es entspricht der Gerechtigkeit", oder „es ist ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit", vgl. z. B. Protokolle der Komm. f. d. II. Lesung. d. Entw. z. B.G.B. II S. 348 u. a.

[1] Vgl. J. Kohler im Jur. Lit. Bl. 1904 S. 222, — es ist aber für diese Darstellung, die Erörterung des Gerechtigkeitsbegriffs, gleichgültig, ob Schöpfungsplan und Entwicklung im Sinne des Darwinismus oder im Sinne des Pantheismus oder der von diesen wohl zu unterscheidenden Ed. v. Hartmannschen Philosophie des Unbewußten oder im Sinne eines bestimmten religiösen Bekenntnisses gefaßt wird.

vertrags, dessen Wortlaut uns bekannt ist?[1] Wir haben keine andere Begründung der Heilighaltung der völkerrechtlichen Verträge, die gegenüber dem Wechsel religiöser Anschauungen, welche man unter Anrufung der Staatsgottheiten bei Vertragsschlüssen als Garantiemittel heranzog, und gegenüber philosophischen Auffassungen Stich hält, als die auf die Natur der lust- und unlustempfindenden Menschen,[2] oder was dasselbe ist, auf die Notwendigkeit des Rechts (necessitas schon im Sinne der römischen Juristen) zurückgehende.[3] Der Begründer der Wissenschaft des Völkerrechts, Hugo Grotius, hat dies wohl erkannt, freilich im Gewande des Naturrechts, dem er huldigt, und er hat auch den Kern der Aufgaben des Völkerrechts erkannt, die Anerkennung und den Schutz der Interessengemeinschaft der Staaten und der Menschheit in den Staaten.[4] Nur weil man dieser Erkenntnis sich anschließen konnte, ja mußte, sind die enormen Fortschritte des Völkerrechts in unserer Zeit möglich gewesen, die zahlreichen Verkehrsverträge, die Milderung des Kriegs durch Zweck- und Mittelbegrenzung, die Friedensbestrebungen usw.,[5] vor allem aber die juristische Formulierung und Ausbildung der Grund- oder Persönlichkeitsrechte der Staaten.[6]

Gerecht im Sinne des Völkerrechts ist demnach alles, was im Sinne dieser Anerkennung der Interessengemeinschaft und insbeson-

---

[1] Handbuch d. Völkerrechts, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff, Bd. I S. 168, 169. [2] Vgl. ebenda S. 12.

[3] Modestinus libro I regularum; Dig. I 3, 40. Vgl. Gareis, Völkerrecht 2. Aufl. 1901 § 9 S. 33, 34 und Enzyklop. § 12a S. 54 u. § 54. — Vortrefflich äußert sich E. Ullmann, Völkerrecht (in Handbuch des öffentlichen Rechts I 2, 2 [2. Aufl. 1898] S. 27, 28) über die primitive Entstehung der Rechtsregeln, indem er gleichzeitig den Angriff, welchen O. Nippold (Der völkerrechtliche Vertrag, 1898 S. 13 ff.) gegen die Zulässigkeit der Auffassung der necessitas als Rechtsquelle schlagend zurückweist.

[4] „Der nationale Egoismus weicht den Forderungen der immer mehr in den Vordergrund tretenden Macht der internationalen Gemeinschaft" so E. Ullmann, Völkerrecht a. a. O. S. 3 ff., dessen ganze Auffassung des Völkerrechts auf der Annahme der solidarischen Interessen der Völker beruht, die in dem genannten Werke hervorragend begründet ist, a. a. O. u. passim. — Ebenso Fr. v. Liszt, Das Völkerrecht (2. Aufl., Berlin 1902) S. 2 ff. — Über die internationale Interessengemeinschaft s. auch Gareis, Völkerrecht S. 2, 3, 18, 21, 29, 196 ff. u. a.; vgl. auch meinen in folg. Anm. genannten Vortrag.

[5] Gareis, Die Fortschritte des internationalen Rechts im letzten Menschenalter. (Dresden 1904), auch in Neue Zeit- u. Streitfragen, Dresden, Verlag von v. Zahn & Jaensch (Vortrag in der Gehe-Stiftung).

[6] Die systematische Aufstellung der besonderen Kategorie „Grundrechte" wird in neuester Zeit in einer Anzahl von völkerrechtlichen Werken bekämpft, so in dem von Jellinek, Heilborn, Triepel, zum Teil auch von Ullmann, sicher mit Unrecht, wie sich aus v. Liszt, Völkerrecht § 7 insbes. S. 53 Anm. 2 ergeben dürfte, vgl. auch Gareis, Völkerrecht §§ 24—28.

dere der Grundrechte geschieht, denn die Vorkommnisse dieser Richtung erregen das Lustgefühl, das Behagen des auf der Höhe unserer Kultur stehenden Menschen, während eine entgegengesetzte Handlung, z. B. Friedensbruch, Vergewaltigung eines sich keines jenem Behagen entgegengesetzten Verhaltens schuldig machenden Staates, Grausamkeit in der Kriegführung usw. Unlust, Unbehagen und die Reaktion dagegen hervorruft und als ungerecht bezeichnet wird.

Zu **2.** Innerhalb eines jeden Staates ist das „öffentliche Wohl" das erstrebenswerte Ziel aller Staatstätigkeit: salus publica suprema lex esto. Dieser Satz ist nicht modern, schon das alte Hellas lebte darnach, aber er hat eine neue Bedeutung erlangt, insofern

a) die gesellschaftliche Bedeutung der Staatstätigkeit in unserer Zeit anders als früher ins Auge gefaßt und

b) das Verhältnis dieser Staatstätigkeit zu den Rechtssphären der Subjekte im Staate rechtlich geregelt ist, vor allem in der Anerkennung und Beschirmung der Persönlichkeitsrechte, von denen nachher besonders zu sprechen ist (s. unter 3.). Dabei ist aber der uralte Streit, was das öffentliche Wohl sei, nicht beendigt; wie seit Jahrhunderten, wird die öffentliche Wohlfahrt von den einen in geistigen Gütern, in Verwirklichung des Sittengesetzes (Hegel), von den anderen im materiellen Wohlstande des Volkes gesucht und erstrebt. In diesen Streit einzutreten ist hier nicht der Raum, aber auch nicht Anlaß, denn es genügt hier, festzustellen, wie sich der Gerechtigkeitsbegriff zu dem der salus publica verhält.

Man findet dieses Verhältnis durch folgende Betrachtung: gewiß ist, daß in den uns bekannten geschichtlichen Entwicklungen der Völker zu allen Zeiten das „öffentliche Wohl" zahlreiche Opfer der Individuen forderte: die Fähigkeit, sich selbst oder sein Vermögen aufzuopfern, auch körperliche Qualen zu ertragen, sind verdienstliche Eigenschaften, insofern durch sie das Individuum wertvoll wird für die Sozietät.[1] „Die Menschheit kann keine Fortschritte machen, ohne Einzelne und ganze Klassen zu opfern, zu verstümmeln."[2] Es kann gar keine Rede davon sein, das Wohl aller als das „öffentliche Wohl" zu proklamieren: die gleiche Behandlung aller ist nur in der Idealwelt, der Welt der reinen Idealgüter möglich: die christliche Liebe soll — theoretisch und praktisch — alle Menschen umfassen,[3] und „die höhere Gesittung und ihre Güter sollen auch den unteren

[1] S. Exner a. a. O. S. 269.

[2] Schmoller, Grundfragen (1898) S. 34, — quia „communis utilitas speciali utilitati praefertur," Innoc. III c. 18 X. de reg.

[3] Dieser ethische, nicht der juristische, Gedanke des „Lebens für Andere" hat seine besondere Ausbildung im Christentum gefunden, als neues Gebot, das der Liebe, neu auch gegenüber Seneca und der Stoa, vgl. W. Oncken, Aristoteles Bd. II S. 70, siehe hierzu aber S. 12 am Ende, Anm. 5.

Klassen — schon vom rein wirtschaftlichen Standpunkte aus — keine ganz unbekannte Welt sein."[1] Die Herstellung der Vermögensgleichheit, die von manchen als eine Forderung der Gerechtigkeit, der austeilenden Gerechtigkeit gepriesen wird, würde, wenn sie bei der Ungleichheit der Veranlagung der Menschen überhaupt, auch nur für eine Generation, denkbar wäre, der „öffentlichen Wohlfahrt" nicht förderlich sein: ganz richtig ist, was von anderer, sehr sachkundiger Seite über die soziale und wirtschaftliche Gleichheit geurteilt wird: „gerade in dem sogenannten Mißverhältnis der Arbeit zum Kapital, in der ungleichartigen Zusammensetzung der Gesellschaft liegt das persönlich Menschliche derselben. Bei der Gesellschaft der Hunde, der Pferde, des Rindviehs usw. herrscht vollständige soziale Gleichheit. Die völlige Ausgleichung der gesellschaftlichen Gegensätze ließe sich nur herstellen durch ein goldnes Zeitalter der allgemeinen Dummheit und des allgemeinen Elends, nicht aber der völlig gleichmäßigen Bildung und des völlig gleichmäßigen Besitzes."[2]

Nicht im Gleichmaß bei der Zuteilung und Erhaltung der den Einzelnen dienenden Güter kann das Ideal der Gerechtigkeit erblickt werden oder die salus publica liegen, sondern wiederum nur im Lust- bezw. Unlustgefühl des Gemeinwesens. Dies ist das Entscheidende auch in der Frage, ob die Standesverschiedenheit und die Vermögensverschiedenheit als gerecht oder als ungerecht zu bezeichnen seien, und das Lust- und Unlustgefühl richtet sich dabei nach dem Wohlbefinden des Gemeinwesens, welches nicht bloß aus der jetzt lebenden Generation, sondern immer auch aus der gedachten Nachkommenschaft, der Nachwelt des empfindenden und beurteilenden Gemeinwesens besteht. Die Gerechtigkeit besteht also gegenüber den Anforderungen des Gemeinwohles an die Individuen darin, daß dem mit Rücksicht auf die Mit- und Nachwelt unseres Gemeinwesens sich bildenden Lust- und bezw. Unlustgefühl entsprochen werde. Bevorzugungen und Benachteiligungen Einzelner sind dabei keineswegs von vornherein als ungerecht ausgeschlossen, sie werden vom Gemeinwesen ertragen und von den Einzelnen innerhalb desselben der Regel nach auch, solange eben nicht jenes natürliche Lustempfinden verletzt, das Unlustempfinden hervorgerufen wird durch die Bevorzugung oder Benachteiligung.[3] Das Volksrechtsbewußtsein der Deutschen hat den bevorzugten Stand des Adels nicht bloß ertragen, sondern geradezu geschaffen, instinktiv, d. h. dem sozialen Instinkt (s. oben S. 7, 8) folgend, fügte man sich dem Besseren, dem Muti-

[1] Schmoller a. a. O. S. 65.

[2] W. H. Riehl, Die bürgerliche Gesellschaft S. 468, vgl. Lotmar a. a. O. S. 94.

[3] Vgl. hinsichtlich der Unterschiede schon auf frühester Kultur das oben S. 11 Gesagte über die Entstehung des Häuptlingsrechts.

geren, dem Klügeren und seiner die bevorzugten Eigenschaften erbenden Familie; und als der alte germanische Adel untergegangen war, entstand ein neuer bevorzugter Stand im Adel des deutschen Mittelalters, und mit Recht hat man gesagt, daß auch alle erbliche Bevorzugung in dem Maße als gerecht empfunden wird, als das Volksgefühl nicht die Eigenschaften der isolierten Individuen, sondern der Familien im ganzen würdigt, eine Auffassung, die mit höherer Kultur allerdings immer mehr zurücktritt.[1]

Auch die Benachteiligung Einzelner wird nicht als ungerecht empfunden, wenn sie nach dem Rechtsgefühl des Gemeinwesens im Interesse des Gemeinwohles liegt, auch die Ungleichheit erscheint unter dieser Voraussetzung als gerecht, und der Sturmbefehl des Feldherrn, der den Untergang schuldloser, ja ausgezeichnet veranlagter und verdienstvoller Individuen zur Folge hat, wird nicht als ungerecht zu verwerfende Tat angesehen, die Opfer werden beklagt, der Feldherr aber nicht angeklagt, wenn jener verhängnisvolle Befehl im Interesse des Gemeinwesens lag, von der salus publica erheischt war. Die Gerechtigkeit verlangt neben letzterem in solchen Fällen nur, daß die Opfer, welche für das Gemeinwohl gebracht werden müssen, so sehr als möglich eingeschränkt und, soweit es geht, wieder gutgemacht werden:[2] die Einschränkung, Gefährdung oder gar Vernichtung der Persönlichkeit und ihres Rechtes muß aber eine **möglichst geringe** sein, das ist das aus dem 3. Kulturergebnis (s. unter 3.) hierher zu Folgernde; unter Umständen verlangt das Rechtsgefühl des Gemeinwesens gar nicht einmal die Entschädigung der im öffentlichen Interesse Benachteiligten: die ungemessenen Fronen wurden ohne Entschädigung aufgehoben, und die durch einen Eisenbahnbau wirtschaftlich benachteiligten Fuhrleute und Straßenwirtschaften werden nicht entschädigt. Der Blick des Gemeinwesens reicht unwillkürlich weiter, jedenfalls über die vom Fortschritt übel betroffenen Individuen hinaus. „In der Natur ist jedes Individuum nur das Mittelglied in der unabsehbaren Kette, welche die Generationen der Vergangenheit mit jenen der Zukunft verbindet. Die kultivierte Gesellschaft muß, um ihren Bestand zu sichern, weit mehr auf die natürliche Züchtung dieser Ketten als auf das Wohlbefinden des Individuums Rücksicht nehmen."[3] Freilich hat auch der Lebende recht, es ist Quantitätsfrage, wie weit sich die Lebenden zugunsten der Zukunft Einschränkungen, Benachteiligungen, ja selbst Vernichtung gefallen lassen müssen, und ebenso wie weit in der Gegenwart selbst der Einzelne zugunsten der Gesamtheit, der er angehört; entscheidend

[1] Schmoller a. a. O. S. 39. Lotmar a. a. O. S. 39.

[2] Vgl. Schmoller a. a. O. S. 34.

[3] Exner a. a. O. S. 271.

aber ist das Lust- oder Unlustempfinden, und zwar wieder nicht das des Einzelnen, sondern das der Gesamtheit, das ist die Gerechtigkeit: „nicht was ich für Recht halte, ist Recht, sondern Recht ist nur, wenn die Gemeinschaft, zu welcher ich gehöre, als Recht erkannt und, weil sie es erkannt hat, als Recht ausgesprochen hat.“[1]

Zu 3. Obgleich nach dem eben Gesagten das Gemeinwesensempfinden entscheidend ist über das, was Rechtens sein soll, und gerade der Neuzeit der Triumph des öffentlichen Interesses über das private, der Sieg des Altruismus über den Egoismus in der Sozialpolitik der modernen Staaten als das ihr Signifikante nachgerühmt wird, darf mindestens mit gleicher Berechtigung der besondere Schutz der individuellen Rechtssphäre als der modernen Gerechtigkeitsidee charakteristisch bezeichnet werden; es zeigt sich dies einerseits in der zunehmenden Ausbildung des Verwaltungsrechts und der staatlichen Verwaltungsrechtspflege und andrerseits in der Anerkennung der Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte als einer besonderen Gruppe von Privatrechten,[2] sowie in der intensiven und extensiven Entwicklung des Inhalts der dieser Gruppe angehörenden Berechtigungen.[3] In jener Ausbildung des staatlichen Verwaltungsrechts wird die Rechtsgarantie der Einzelrechtssphären begrüßt und der Herrschaftsanspruch des „öffentlichen Wohles“ wie erwähnt — siehe vorige Seite — eingeschränkt, und zwar formell durch die Forderung der Fundierung jedes Eingriffs der Staatsverwaltung auf ein Gesetz (im formellen Sinne) und materiell durch den Grundsatz der Proportionalität: als der Gerechtigkeit entsprechend wird nur jene Beschränkung des freien Handelns der Menschen anerkannt, welche nicht weiter reicht als notwendig ist, um das Ziel zu erreichen, insbesondere eine Forderung des öffentlichen Wohles durchzusetzen. Wir nennen ein Gesetz nur dann gerecht, wenn es dem Grundsatz der Proportionalität zwischen Zweck (Ziel, Interesse) und Mittel (Einschränkung, Zwang) entspricht.[4] Dies gilt sowohl im Verhältnis des Gemeinwesens zu den Einzelnen, als auch im Verhältnis der Letzteren untereinander. Auch das öffentliche Wohl (s. oben unter 2 S. 18) darf nicht schrankenlos gegenüber den Einzelnen durchgesetzt werden; was für das Individuum unbeschadet der Zwecke des Gemeinwohles als

[1] B. Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rektoratsrede), Leipzig 1884, S. 4, 7, auch P. Oertmann, Windscheids Gesammelte Reden usw., Leipzig 1904, S. 102 ff.

[2] Vgl. Gareis, Enzyklop. §§ 17, 18.

[3] Insbesondere der literarischen, künstlerischen und technischen Urheberrechte; hinsichtlich des künstlerischen Urheberrechts siehe nun Deutsches R.G. v. 9. Januar 1907, welches namentlich bezgl. der Photographie, der Architektur und des Rechts am eignen Bilde den Typus modernster Rechtsbildung trägt.

[4] Über diesen Grundsatz siehe Gareis, Enzyklopädie § 8 III S. 43.

eigne Rechtssphäre gerettet werden kann, das soll, — nach unserem heutigen Rechtsempfinden — dem Einzelnen gerettet werden und bleiben, denn die Persönlichkeit eines Jeden ist im Rechtsstaate selbst für den Staat ein Rechtsgut und der moderne Kulturstaat ist in diesem Sinne Rechtsstaat. Daraus ergeben sich Grundsätze der Gerechtigkeit sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Verwaltung und Rechtspflege; unter diesen Grundsätzen steht die Privatrechtsbildung und Privatrechtspflege, wie Strafrecht und Strafrechtspflege, Steuerrecht und überhaupt fiskalisches Recht, Verwaltung und Verwaltungsrecht und seine Ausübung in allen Sphären der Gemeinwesen des Staates und in den Staaten. Dies im einzelnen darzustellen, würde viele Bände füllen, es genügt hier, darauf hinzuweisen, daß die Gerechtigkeit aller dieser Normierungen darin liegt, daß dem Lust- und bezw. Unlustempfinden des Gemeinwesens Rechnung getragen werde. Dieses Empfinden wird — und dies allein kann allgemein ausgesprochen werden — nach der modernen Gestaltung des Gerechtigkeitsbegriffs jedenfalls verletzt, wenn entweder

a) die Interessengemeinschaft der Staaten verletzt wird (Völkerrechtsbruch, siehe oben S. 19, 20) oder

b) die öffentliche Wohlfahrt gefährdet oder

c) ein Persönlichkeitsrecht mehr als erforderlich eingeschränkt oder verletzt wird.

Mehr läßt sich über Begriff und Wesen der Gerechtigkeit vom Standpunkt unserer heutigen Kultur aus nicht sagen; es bleibt entscheidend immer das Lust- und Unlustempfinden des Gemeinwesens, jener mystische Vorgang, der mit der Natur den Menschen wesentlich gegeben ist und historisch verschieden ausgestaltet wird; es hat sich gezeigt, daß Gerechtigkeit nur in einem höchst beschränkten und formalistischen Sinne gleichbedeutend ist mit Gesetzmäßigkeit, wir sprechen auch von ungerechten Gesetzen, setzen also den Begriff Gerechtigkeit über die Gesetzgebung;[1] es hat sich ferner gezeigt, daß das „suum cuique tribuere" insofern ein für den Gerechtigkeitsbegriff inhaltloses Wort ist, als ja das „Suum" vom Gemeinwesen (also vom Gesetzgeber oder von der Überzeugung der im Banne der Gewohnheit stehenden Volksgenossen) erst bestimmt werden muß, und zwar eben nach den Forderungen der Gerechtigkeit.

## § 6.

Nach dieser Feststellung bedarf es zur Abrundung dieser Erörterung nur noch einiger aphoristischer Betrachtungen, vor allem der des Grundes des Strafrechts. Warum straft der Staat? Die Ant-

[1] So z. B., wenn gesagt wird, das Dreiklassen-Wahlsystem sei ungerecht, oder die Einführung der Proportionalwahl sei eine Forderung der Gerechtigkeit.

wort kann nach allem oben Erwähnten nicht zweifelhaft sein: er straft, weil er muß, aus keinem anderen Grunde, als weil er muß, und zu keinem andern Zwecke, als um zu-strafen. Den von der ganzen deterministischen Richtung für die Seite des Delinquenten angenommenen Zwang, den Mangel der vollfreien Willensbestimmung, nehme ich gemäß aller meiner bisherigen Darlegungen für die dem Delinquenten gegenüberstehende Partei, die des Rechtes, des Richters und des Gesetzgebers in Anspruch.

Für die êwa-Zeit (siehe oben § 3 S. 8ff.), die jedes Volk jahrhundertelang durchmacht, ist dies ohne weiteres klar. Die Ausstoßung des Verbrechers erfolgt naturgemäß, wie ein kräftiger Körper einen schädlichen Stoff unschädlich macht, indem er Antitoxine erzeugt, die den Giften entgegenwirken, unbewußt, mit Naturnotwendigkeit.

Aber auch dann, wenn die Menschen in ihren entwickelteren Gemeinwesen zur Satzung des Rechts als zu einer bewußten Handlung (Gesetzgebung) gelangen, bleibt jener unbewußte Impuls zur Reaktion gegen das mit den Gemeinwesensinteressen Unvereinbare, jenes primitive Lust- und Unlustempfinden noch rege und wirksam. Wenn altfränkisches Volksrecht den, der entgegen dem Grafenbann nicht vor Gericht erscheint, mit einer Buße belegen läßt,[1] so schwebt dem Gesetzgeber gewiß der Gedanke vor: der angedrohte Nachteil, d. h. die Androhung des Nachteils schon wird den Mann veranlassen, sich auf der Malstätte einzufinden; und ebenso denkt der moderne Gesetzgeber, daß die Androhung einer Gefängnisstrafe Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft wohl abhalten wird, den Stand der Gesellschaftsverhältnisse wissentlich falsch darzustellen[2]: beide Gesetzgeber können erwägen und werden wohl auch erwogen haben, daß Nachteile von dem Gemeinwesen abgewendet werden müssen, und daß in der Strafandrohung und in der — soll diese nicht leeres Wort sein — auch notwendigen Strafanwendung eine schützende Maßregel des Staates liegt, ja die Ausübung der Strafgesetze kann so sehr von einem solchen bewußten Zielgedanken geleitet sein, die Strafe selbst also bewußt nur als Schutzstrafe oder Notwehrstrafe aufgefaßt werden, so daß der Gedanke daran, es werde von der Strafgewalt ein Akt der Gerechtigkeit geübt, ganz in den Hintergrund gedrängt wird, — dennoch ist die unbewußt treibende Kraft jener uralten — latenten — Gerechtigkeit auch in solchen einzelnen Strafandrohungen und Strafvollstreckungen vorhanden, das Lust- und Unlustgefühl des Gemeinwesens gegenüber dem mit dem Zusammenleben der Gemeinwesensgenossen Vereinbaren und bezw. Nichtvereinbaren. „Du glaubst zu schieben und du wirst geschoben," — dies gilt auch vom Staate als Strafgesetzgeber, das Gemeinwesen trachtet unbewußt

[1] Vgl. lex salica I 1. [2] H.G.B. § 314.

nach Realisierung seines Gerechtigkeitsideals. Man sieht dies schon daran, daß auch gegenüber den modernen Strafgesetzen und gegenüber irgend einem auf Grund eines solchen erlassenen Urteil immer noch die Gerechtigkeit sich als eigner Begriff mit dem ihr eignen Maßstab geltend machen kann und auch wirklich geltend macht: man spricht möglicherweise von einem Gesetze, daß es ungerecht sei, weil es zu hart sei, oder von einem Urteil, daß es ungerecht sei, obgleich es sich innerhalb der Schranken bewege, die der Gesetzgeber bei der Strafzumessung dem Richter gesetzt habe. Dem Strafdrange zu folgen, gebietet ein Naturgesetz dem Gemeinwesen, alle anderen Triebfedern, die Absicht, abzuschrecken, zu bessern, zu verteidigen, sind sekundär; das bewußte Eingreifen der Menschen in das soziale Leben ist immer das spätere und immer mangelhaft und unvollkommen, und zur rechtlichen Handlungsbewertung im Sinne einer nicht reinformalistischen Gerechtigkeit bietet uns die bewußt oder technisch geformte Rechtssatzung keineswegs das einzige oder ausreichende Material.[1] Zu den Motiven, die den Menschen abhalten, Gemeinwesenfeindliches zu tun, oder umgekehrt anhalten, Gemeinwesenförderliches zu tun, will der Gesetzgeber seinerseits eines hinzufügen durch die Rechtsregel, die er aufstellen zu müssen glaubt, bewußtermaßen bewegt durch irgend eine nähere Zweckbestimmung, unbewußt aber immer im Dienste der Gerechtigkeit, die auch über ihm steht. Und ganz ausgelöst und abgelöst wird das Unbewußte nie vom Bewußten, Intelligenz und Wille der Menschen mag noch so hoch entwickelt sein.

Die Gerechtigkeit verlangt ein Einschreiten, Eingreifen, Reagieren gegen das Gemeinwesensfeindliche, warum? Wir wissen es nicht! „Vergeltung" ist dies nicht, auch nicht ein Ungeschehenmachen des Unrechts, factum infectum fieri nequit, auch nicht ein Kompensieren des Übels, welches der Verbrecher dem Gemeinwesen oder dem Rechte als einem idealen Dinge zugefügt haben soll, und des Übels, das nun „dafür" ihm zugefügt wird, alle diese „mathematischen" Gleichungen oder Ausgleichungen sind unzutreffend, bewußt dürfen wir auch nicht Rache,[2] auch nicht Kollektivrache nehmen, bewußtermaßen ist uns auch überhaupt keine Kompetenz, über menschliches Tun zu richten, bloß um zu richten, gegeben, bewußt dürfen wir uns verteidigen, schützen gegen Feindliches, abwehren, was unserm Zusammenleben schadet oder zu schaden droht unserer Menschheitsentwicklung; aber unbewußt arbeitet der hier vielfach erörterte Gerechtigkeitsgedanke, nämlich das vom Maßstab der jeweiligen Kul-

[1] Hierüber siehe ausführlich die guten Darlegungen von A. Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit usw. Halle 1905 S. 13 ff.

[2] Rache ist Wut, siehe oben Anm. 4 zu S. 11, 12.

turordnung geleitete Lust- und Unlustempfinden; der Strafgesetzgeber läßt sich von den nahen Nützlichkeitserwägungen leiten, auf diese ist er angewiesen, und so sucht er abzuwehren. zu verteidigen (aber nicht zu vergelten!), — daß er überhaupt fungiert, das verdankt er der unbewußt wirkenden Gerechtigkeitsidee, auf welche mithin alle strafrechtliche Kompetenz des Gemeinwesens als auf einen Naturvorgang, ein Göttliches zurückzuführen ist.

## § 7.

Da wir Menschen das Unbewußte, daś Mystische und Unerklärliche gerne auf das Absolute, Unendliche zurückführen oder damit verknüpfen, liegt es, auch ganz abgesehen von positiven Religionsbekenntnissen, nahe, die Gerechtigkeit als göttlich und zwar nicht bloß in dem Sinne, wie wir das Bestehen einer Rechtsordnung wie des Rechtstriebes selbst als göttlich bezeichnen (siehe oben S. 8—9, auch S. 4), nämlich als eine Erscheinung der von Gott geschaffenen Menschennatur, sondern sogar als ein göttliches Attribut, eine Eigenschaft Gottes zu bezeichnen. Diese Übertragung einer für menschliche Verhältnisse bestimmten, menschlichen Verhältnissen entnommenen, und so uns Menschen gegebenen Eigenschaft[1] auf das — persönlich gedachte — höchste Wesen wird wiederum, abgesehen von den Postulaten positiver Religionsbekenntnisse, — logisch gedacht als die Verallgemeinerung eines Kausalverhältnisses: Gutes Werk muß gute Früchte tragen, böses böse. „Böses Werk muß untergehen, Rache folgt der Freveltat, denn gerecht in Himmelshöhen waltet des Chroniden Rat." Weil sich aber die Verwirklichung dieser Schlußfolgerung, überhaupt die Realisierung eines auf die Gerechtigkeit (siehe oben S. 16 § 5) gegründeten Weltschöpfungsplans auf dieser Erde nicht wahrnehmen läßt,[2] wird gerade auf die irdische Nichtbefriedigung des Rechtstriebs ein teleologischer oder der theologische Beweis für die Unsterblichkeit der Seele gebaut.[3] Für die rechtsgeschichtliche und rechtsphilosophische Betrachtung wird diese transzendentale Prolongation des Gerechtigkeitsgedankens in zwei hier zu erörternden Richtungen interessant, während die übrigen Beziehungen zwischen

---

[1] Hierüber siehe Felix Dahn in der Krit. Vierteljahrsschrift für G.G. und Rechtswissensch. (München) 1870 Bd. 12 S. 387 ff.

[2] Schillers Spruch: „Die Weltgeschichte ist das Weltgericht" ist so wenig richtig wie der Goethesche: „Alle Schuld rächt sich auf Erden".

[3] Schon wegen des sich hierin bietenden unermeßlichen Ausgleichungsbereiches in einer andern Welt ist die diesweltliche Gerechtigkeit nicht der Maßstab für die uns Menschen nicht zustehende „rechtliche Beurteilung" überweltlicher Verhältnisse. Dahn, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 12 S. 393. Vgl. auch unten S. 28 Anm. 3.

Religion und Recht hier[1] nicht den Gegenstand der Betrachtung bilden können. Die hier noch zu besprechenden Beziehungen zwischen der Gottesidee und dem Rechtstriebe sind der Eid und die Gottesurteile.

Wenngleich beim Eide in der germanischen heidnischen Zeit nicht immer der Gedanke bewegend war, es müßten die Götter direkt eingreifen zur Strafe des Meineides, so war doch zu allen Zeiten ein mystisches Unheil, ein zauberhaft eintretendes Verderben als Strafe für den Bruch des unter Eid gegebenen Wortes oder der unter Eid ausgesprochenen Unwahrheit gedacht und in diesem Sinne der Eid eine bedingte Selbstverfluchung, indem „der Schwörende für die Wahrheit seines Wortes sein Heil oder ein bestimmtes Gut einsetzte".[2] In der christlichen Zeit, wo man insbesondere unter der Formel schwört: „So wahr mir Gott helfe" ist stets das Heil der Seele eingesetzt.

In der stark bestrittenen Geschichte der Gottesurteile (Ordalien) sind vier Perioden zu unterscheiden:

1. Den Ursprung haben die Gottesurteile, soweit wir deren Geschichte verfolgen können, in einem Kultus gefunden, der den indogermanischen Völkern gemeinsam war,[3] in einer Zeit, in welcher die Gottesidee möglichst rein herrschte, d. h. möglichst wenig von anthropomorphen Vorstellungen und polytheistischer Spaltung angegriffen war; auf dieser Stufe decken sich die philosophische und religiöse Vorstellung vom Absoluten unter sich und mit der Moral (während nachher die eben erwähnten Entartungen die religiöse Vorstellung in Konflikt bringen mit dem Streben der Philosophie und den Idealen der Moral);[4] wird auf jener frühen Kulturstufe die Gottheit persönlich gedacht, so wird sie gerecht gedacht, ja, es läßt sich auch vorstellen, daß unter dem Walten des unpersönlichen Absoluten das dem Rechtssinne Entsprechende, das Gerechte zur Herrschaft, zum Siege gelangen müsse, wenn man nur diesem mystischen Walten die rechte Gelegenheit hierzu (sei es im Kämpfen,[5] sei es im Losen usw.) biete.

[1] Übersicht über diese siehe Gareis, Enzyklopädie § 6 III (3. Aufl.) S. 25—28.

[2] H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. I. Bd. 1906 § 24 S. 257. von Amira, Grundriß S. 214.

[3] A. Kaegi (Zürich), Alter und Herkunft des germanischen Gottesurteils, (in der Festschrift zur Begrüßung der 39. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner in Zürich, Sept. 1887), unter S. 44 ff. H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Aufl. S. 261 ff. und die dort angegebene Literatur.

[4] Vgl. Felix Dahn, Das Tragische in der germanischen Mythologie (Bausteine, Erste Reihe, Berlin 1879 S. 205 ff.). Als heidnisch germanische Einrichtung faßt Felix Dahn die Gottesurteile, siehe Derselbe in seinen Studien zur Geschichte der germanischen Gottesurteile 1857. (Habilitationsschrift.)

[5] Übrigens ist für das germanische Recht gerade bei den Zweikämpfen mit großer Wahrscheinlichkeit bestritten, ob sie überhaupt Gottesurteile seien. Siehe von Amira, Grundriß S. 217, siehe aber unten S. 27 Anm. 2 und S. 28 Anm. 2.

2. In einer zweiten Periode wird die reinere Gottesidee von anthropomorphen Vorstellungen in den Hintergrund gedrängt und entstellt; auf dieser Kulturstufe, auf welcher „weder Allwissenheit noch Wahrhaftigkeit zum Wesen der Gottheit gehörte", kann „von der Gottheit die Enthüllung des Wahren schlechterdings nicht erwartet werden".[1] Auf dieser Kulturstufe sind die Gottesurteile also ganz gewiß nicht entstanden, aber doch als mehr oder weniger bewährte Mittel, Streitigkeiten zum Austrage, Prozesse zum Ende zu bringen, mechanisch, d. h. hier ohne religiöse Grundanschauung,[2] festgehalten und geübt worden. Ohne allen religiösen Grundgedanken, vielmehr nur als ein rein weltliches Hilfsmittel zur Streitbeendigung wird ja auch in modernen Rechten[3] das Los in Anwendung gebracht, und so mag in einer Periode, in der die Götter nicht als gerecht gedacht werden, Kampf und Los zur Entscheidung herangezogen worden sein.

3. Als in einer dritten Periode das Christentum zur Herrschaft gelangte, war die Voraussetzung einer reinen Gottesidee wieder gegeben, die Gottheit wird hier unbedingt als gerecht und als allwissend gedacht, und daher konnte das, was tatsächlich von Gottesurteilen im Volke festgehalten worden war, nun auf eine religiöse Basis gestellt und sogar durch Liturgie gekräftigt werden. Aus dieser Periode stammt ja auch die Weisung: ut omnes iudicium Dei credant absque dubitatione.[4]

4. Aber schon von derselben Zeit an, aus welcher die zuletzt erwähnte Weisung stammt, beginnt der Zweifel und eine Reaktion gegen

---

[1] So gewiß zutreffend von Amira, Grundriß S. 218.

[2] Doch sagt das an ältere Überlieferungen unzweifelhaft anknüpfende burgundische Gesetz (v. J. 501) bei der Regelung des Zweikampfrechtes ausdrücklich: „*Deo iudicante confligat*" l. burg. c. XLV in Mon. Germ. LL. 4° sect. I. tom. II. pars I p. 76. (L. R. v. Salis.)

[3] Preuß. L.R. I 11 §§ 569–571. Der Gebrauch des Loses ist als ein Mittel zur Auseinandersetzung über gemeinschaftliche unteilbare Sachen erlaubt usw. § 572. Auch der Richter kann sich des Loses bei Auseinandersetzungen und Teilungen bedienen, wenn entweder die Parteien damit einig sind, oder kein anderer Ausweg übrigbleibt.

Preuß. L.R. I 12 § 394. Haben mehrere Erben oder Legatare unter Sachen von gleicher Art eine Wahl vorzunehmen, so entscheidet das Los, in welcher Ordnung sie wählen sollen.

Preuß. L.R. I 17 § 28 (bei gemeinschaftlichem Eigentum). Kann auch hiernach der Streit nicht entschieden werden, so muß das Los in Anspruch genommen werden.

B.G.B. § 659 Abs. 2. Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten, so entscheidet das Los.

B.G.B. § 752. Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los.

[4] Mon. Germ. LL. 4° sect. II. Cap. reg. Franc. edd. Boretius I. p. 150. Cp. 62, 20 (v. Jahre 809). Ferner: Conc. Tribur. (i. J. 895) c. 22 (= c. 15 C. II qu. 5).

die Hereinziehung der Gottheit in die menschlichen Händel, in die irdischen Streitigkeiten; die Reaktion ging von den höheren Klerikern[1] und von den Gebildeteren überhaupt aus, während der niedere Klerus, wie es scheint, dem Volksglauben sich anschließend, zunächst noch mit dem Volke und der Gerichtspraxis an dem überkommenen und festeingewurzelten Rechtsmittel festhielt.[2] Schließlich gelangte, und zwar noch in der ersten Hälfte des deutschen Mittelalters, die Überzeugung zum Ausdruck, daß Gott auch den Unschuldigen im irdischen Kampfe unterliegen lassen[3] und dadurch prüfen könne, und daß an dem göttlichen Verbote festzuhalten sei: „Non tentabis Dominum Deum tuum".[4]

Während nun die Gottesurteile aus den angedeuteten Gründen außer Gebrauch und Rechtsübung kamen, erhielt sich der Eid in dem oben (S. 26) erörterten Sinne; er konnte sich bis zum heutigen Tage erhalten, weil sich das „So wahr mir Gott helfe" im Eide nicht auf einen irdischen Erfolg (Kampfessieg oder dgl.) sondern „auf der Seelen Seligkeit" bezog und bezieht.

## § 8.

Einen direkten Appell an die Gerechtigkeit in dem von mir erörterten Sinn enthält die Bewegung, welche man seit etwa einem Menschenalter mit zunehmender Stärke auftreten sieht und als Bewegung für das freie Recht zu bezeichnen beginnt: es wird als eine Forderung der modernen Kultur gepriesen, daß der Richter nach freiem Recht urteile und daß der Gesetzgeber seine Befehle und Verbote nach der Richtung erlasse, welche ihm das freie Recht vorzeichnet; dieses freie Recht ist nicht etwa das sogenannte Naturrecht, — in den Irrtum, ein für alle Zeiten und Völker gleichmäßig

[1] Verbot der Monomachia schon unter Papst Nicolaus I. (i. J. 867) in c. 22 C. II qu. 5, dann unter Stephan V. Verbot des ferrum candens und der aqua fervens — als superstitiosa adinventio — (i. J. 886) in c. 20 C. II qu. 5 und unter Alexander II. (cc. 1070) c. 7 § 1 l. c.

[2] Dies läßt ganz deutlich die Erklärung des langobardischen Gesetzgebers erkennen, der sagt: Quia incerti sumus de iudicio Dei, et multos audivimus per pugnam sine justitia causam suam perdere; sed propter consultudinem gentis nostrae Longobardorum legem ipsam vetare non possumus. Edictus Langobard. Liutprandi leges de anno XIX (p. Chr. 731), II. Pertz Mon. Germ. LL. IV p. 156.

[3] Vgl. oben S. 25 Anm. 2 und Anm. 3.

[4] Evang. Matth. 4, 7. Deut. 6, 16, hiernach Decretale: Licet apud judices saeculares vulgaria exerceantur judicia, ut aquae frigidae, vel ferri candentis sive duelli, huius modi tamen judicia Ecclesia non admisit; cum scriptum sit in lege divina: Non tentabis Dominum Deum (Deut. VI). Innocentius III pp. episcopo et custodi Argentinensi. Laterani, V id. Jan. pontif. nostri ao. XIV (1215). Migne PP. LL. CXXXVIII. Tom. 216 p. 502.

geltendes unabänderliches Recht für geltend oder auch nur für möglich zu halten, verfällt jene durchaus modern sich gerierende Bewegung nicht —, das freie Recht soll im schroffen Gegensatze zum — stabilen — Naturrecht ein äußerst bewegliches Recht, ein Recht sein, welches sich jeweils und immer wieder umgestaltet nach der jeweiligen Kulturhöhe und den Kulturbedürfnissen und die Menschen und Rechtsfälle höchst individualisierend behandelt, daher auch nicht das leicht alternde Gewohnheitsrecht ist, sondern ein Recht, welches sich dem Richter von selbst, d. h. unabhängig von Altersheiligung, aber auch unabhängig von staatlicher Machtäußerung, als ein Geltendes aufdrängt, von ihm gefühlsmäßig gefunden wird, deutlich angesichts des einzelnen Rechtsfalles zu ihm spricht und vom Richter, der es vermöge seines Rechtsgefühles und Rechtstaktes wahrnimmt, spontan in Anwendung gebracht wird; inhaltlich kann dieses von der sogenannten voluntaristischen Bewegung befürwortete Recht mit den vom Staat aufgestellten Vorschriften übereinstimmen, es kann aber auch abweichen von letzteren, seine ganze Macht liegt in der Überzeugung von seiner Richtigkeit oder Angemessenheit; seine hauptsächlichste praktische Äußerung liegt in der Rechtspflege, in der Rechtsprechung vor allem; aber auch für den Gesetzgeber ist es wichtig, seine besten Werke schöpft er aus ihm, und er soll nur aus ihm schöpfen.

Nach dieser Theorie, welche Wahres und Falsches, Klares und Unklares mischt,[1] soll der moderne Richter sich freilich zunächst, wie dies ja sein Richtereid mit sich bringt, an den klaren Wortlaut des Gesetzes halten, aber ohne extensive Interpretation, ohne juristische Konstruktion, ohne Fiktion und ohne Analogie, — statt aller dieser gegenüber einem unklaren und unzulänglichen Wortlaute der Gesetze seither gebräuchlichen Hilfsmittel soll der Richter eben das freie Recht anwenden dürfen, ja müssen; letzteres aber auch schon dann, wenn er sich überzeugt, daß es nicht wahrscheinlich sei, daß die gegenwärtige Staatsgewalt so, wie das Gesetz lautet und zu verlangen scheint, jetzt entschieden haben würde; in einem solchen Falle

[1] Aus der bereits recht bedeutenden Literatur dieser Theorie sei vor allem genannt: „Der Kampf um die Rechtswissenschaft". Von Gnaeus Flavius, Heidelberg 1906, Carl Winters Universitätsbuchhandlung. — Ferner: Ehrlich, Freie Rechtsübung und freie Rechtswissenschaft (1903) und die übrigen bei Gnaeus Flavius (S. 50) genannten Schriften, unter welchen Stammlers Lehre vom richtigen Rechte (1902) jedoch besonders hervorzuheben und zu unterscheiden ist. — Über die zuerst genannte, jetzt besonders Aufsehen erregende Schrift, welche unter der Maske „Gnaeus Flavius" den Kampfplatz betritt, hat sich hervorragend J. Unger (Deutsche Juristenzeitung 1906, XI. Jahrg., No. 14 S. 781—787) und ferner A. Graf zu Dohna (Juristisches Literaturblatt No. 177 Bd. XVIII No. 7, 15. Sept 1906 S. 157—158) kritisch geäußert.

soll er — also erforderlichenfalls contra legem — so entscheiden, wie die gegenwärtige Staatsgewalt seiner Überzeugung nach, wenn ihr der nun zu entscheidende Fall vorgelegen, entscheiden würde; und endlich soll freies Recht angewandt werden, wenn es sich um quantitative Abschätzung (z. B. Schmerzensgeld, Ersatz bei Immaterialgüterschädigung) oder um ganz verzweifelt verwickelte Fälle handelt, oder wenn die Parteien im Zivilprozeß es ausdrücklich wollen.[1]

Der ganzen Theorie vom freien Rechte ist direkt zu widersprechen, wo es den Subjektivismus über den Gemeinwesenswillen stellen, den Richter contra legem entscheiden lassen will; das Recht, nach welchem die Gemeinwesen leben, ist nun einmal Gemeinwesens-, nicht meine Individualsache, eine soziale oder Massensekretion,[2] und nicht, was ich für Recht halte, sondern was das Gemeinwesen, dem ich angehöre, für Recht hält, ist Recht. Das ist ja der wesentliche Unterschied zwischen der Rechts- und der Moralvorschrift (siehe unten § 9 S. 34ff.), und so einfach sind unsere Lebensverhältnisse längst nicht mehr, daß sie wie bei den Germanen vor König Eurich lediglich moribus et consuetudine[3] geregelt oder von der Bartweisheit eines arabischen Scheiks entschieden werden können; auch prozessual können unsere modernen Rechtsangelegenheiten nicht mehr so einfach dargelegt und behandelt werden, wie auf einer primitiven Kulturstufe. In einer früheren Kulturperiode haben die Deutschen schon einmal eine Herrschaft des freien Rechts durchgemacht, nämlich im Strafrecht des deutschen Mittelalters, von dem Ausgange der Karolingerzeit bis zum 16. Jahrhundert, und was war die Folge? Eine derartige Verrohung und Verwilderung der ganzen Strafrechtspflege, daß selbst die harte Halsgerichtsordnung Karls V. als eine Wohltat und Rettung gepriesen wurde und auch wirklich als solche anerkannt werden muß!

Ein geltendes Recht verlangt und erlangt immer seine Autorität vom herrschenden Gemeinwesen, ausdrücklich oder stillschweigend wird es vom herrschenden Gemeinwesen für geltend erklärt oder angenommen, und es wird dadurch verbindlich, verpflichtend und berechtigend. Nicht jedes Gemeinwesen ist geeignet, Recht zu setzen, nicht eine Kamorra, eine Maffia, eine Räuberbande oder Spielergesellschaft; nur dasjenige Gemeinwesen, welches herrscht, kann und darf darüber entscheiden, was Rechtens, was als Recht zuzulassen sei; es ist dies dasjenige Gemeinwesen, von welchem jenes Lust- oder Unlustempfinden ausgeht, das wir als entscheidend für das Wesen der Gerechtigkeit erkannt haben (siehe oben S. 7); es muß aber nicht gerade die Form des Gesetzes sein, in welcher das

[1] Gnaeus Flavius a. a. O. S. 40, 41.

[2] Siehe oben S. 6 bei Anm. 1.

[3] Nach Isidor von Sevilla, Chronicon zum Jahre 466.

herrschende Gemeinwesen zu erkennen gibt, woran es Lust oder Unlust empfinde; auch außerhalb der Gesetzgebung findet das Rechtsempfinden des Volkes im Staate, das Empfinden des Gemeinwesens, Mittel und Wege, sich mit dem tatsächlichen Anspruche auf Geltung (Verwirklichungstrieb) zu äußern, es gibt mit anderen Worten wirklich, auch heutzutage, noch freies Recht, freies Recht auf Gebieten, auf denen der Gesetzgeber den Richter im Stiche läßt oder zurücktritt oder zurückgedrängt ist vor oder von der Macht der Tatsachen.

1. Zurückgedrängt kann der Gesetzgeber, also der Staat, sein von der Macht der Tatsachen, wo sich Gewohnheitsrecht gebildet hat oder noch bildet; hierin bewährt sich die rechtbildende Kraft des Gemeinwesens, die rechterzeugende Gerechtigkeit (siehe oben S. 6, 7) auch heutzutage noch, auch im Gebiete des bürgerlichen Rechts im Deutschen Reiche.[1] Die Geltung des Gewohnheitsrechts ist unbestritten, wo es zur Lückenausfüllung im Gesetzesrecht dient, es darf aber auch die derogierende Kraft des Gewohnheitsrecht nicht geleugnet werden, die rechterzeugende Kraft der Gerechtigkeit in dem oben S. 7 unter § 3 erörterten Sinne kann sich auch negativ geltend machen.[2] Es steht selbstverständlich nichts im Wege, das Gewohnheitsrecht als freies Recht zu bezeichnen, nur darf nicht angenommen werden, daß es subjektiv (d. i. etwa vom Richter) allein empfundener Trieb der Lust oder Unlust sei, was diesem Rechte vorangeht.

2. Freies Recht herrscht wirklich, soweit nach dem Gesetze (oder Gewohnheitsrechte) das richterliche Ermessen,[3] das arbitritium judicis reicht („eingebautes freies Recht"); in diesem Rahmen schafft das nobile officium judicis in der Tat auch heute noch „Gesetzessurrogate", und zwar in überraschend großer Menge. Erstaunlich weit reicht auch im modernsten, so vielfach vom Gesetzesdetail normierten Kulturstaat doch noch dies freie Recht, das Recht im richterlichen Ermessen. Wie groß ist nicht der Spielraum in bezug auf die Strafzumessung auch nach den neuesten Strafgesetzbüchern![4] Dem Richter ist oft überlassen, zwischen Geld- und Freiheitsstrafe, und bezüglich letzterer zwischen Festungs- und Gefängnisstrafe usw., zu wählen; und es kann vorkommen, daß der Staatsanwalt 10 Jahre Zuchthaus beantragt

[1] Hierüber und insbesondere über die falsche Auslegung des Art. 2 der Reichsverfassung siehe Gareis, B.G.B. (Emil Roth, Gießen) S. XXII, Gareis, Deutsches Kolonialrecht (2. Aufl. 1902) S. 76 und Gareis, Kommentar zum Allg. Teil d. B.G.B. (Carl Heymanns Verlag 1900) S. XXXVI ff.

[2] Vgl. die in voriger Anm. angegebene Literatur.

[3] Über das richterliche Ermessen siehe Lothar Seuffert in der oben S. 13 Anm. 1 angeführten Schrift (Rektoratsrede, Gießen 1880).

[4] z. B. bei Betrug nach Deutschem St.G.B. Gefängnis von 1 Tag bis 1825 Tagen, vgl. J. Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht (Leipzig 1903) S. 12.

und das Gericht, ohne einen anderen Tatbestand anzunehmen, auf 4 Jahre Gefängnis erkennt, und beide bewegen sich innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Strafmaße! Und nicht weniger häufig gestattet das bürgerliche Recht, auch das B.G.B. des Deutschen Reiches, dem freien Rechte den Zutritt und die Herrschaft! Unzweifelhaft überall da, wo es die „Sitte" oder die Verkehrssitte, oder die „Angemessenheit" oder das richterliche „Ermessen" ausdrücklich als maßgebend bezeichnet,[1] aber auch überall da, wo die Feststellung von Begriffen der Doktrin überlassen, wie man sich auszudrücken pflegt, z. B. wo vom „Wesen der Ehe",[2] Mißbrauch eines Ehegattenrechts,[3] oder von Ehrlosigkeit,[4] Undank,[5] Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses[6] und dgl. die Rede ist. Und wie oft hat der Vormundschaftsrichter nur nach freiem Rechte zu entscheiden! — Die Latituden des B.G.B. reichen auch in die Gebiete von Spezialgesetzen geregelten Materie hinein, und tragen somit die Anwendung des freien Rechts auch in diese hinein.[7, 8]

[1] Vgl. über die Häufigkeit dieser Bezugnahmen O. Gradenwitz, Wortverzeichnis zum B.G.B. (Berlin, Carl Heymann 1902) bei den einschlägigen Worten; hiernach z. B. „angemessen" nicht weniger als 45 mal.

[2] z. B. B.G.B. §§ 1333, 1334, auch 1568.

[3] z. B. B.G.B. §§ 1353, 1354, 1357, 1358.

[4] z. B. B.G.B. §§ 1568, 1666, 2333—2336.

[5] z. B. B.G.B. §§ 530, 533.

[6] z. B. B.G.B. § 1568.

[7] So macht Cosack, H.R. § 18 S. 82 mit Recht darauf aufmerksam, daß zur Ergänzung des Reichsgesetzes vom 27. Mai 1896, zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, auch B.G.B. §§ 824, 826 in Betracht kommen und hiernach z. B. „ein Kartell von Gewerbtreibenden, welches in gehässiger Art durch zeitweiligen Warenverkauf unter dem Selbstkostenpreise die Vernichtung der Konkurrenten anstrebt, nicht bloß nichtig sei (B.G.B. § 138), sondern auch die Kartellgenossen zu Schadensersatz an ihre Gegner verpflichten werden." Übrigens enthalten jene Spezialgesetze selbst eine Menge von vagen, der richterlichen Feststellung nach Ermessen bedürftigen Begriffe.

[8] Als ein sehr lehrreiches Beispiel, wie durch das vom sozialen Instinkt richtig geleitete richterliche Ermessen die Anwendung einer leicht zu Falschurteilen führenden Gesetzesvorschrift in die richtigen Wege geleitet werden kann, möchte ich die Auffassung anführen, welche Erich Danz in seinem garnicht hoch genug zu schätzenden Buche: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (2. Aufl. 1906, S. 5 Anm.) dem vielumstrittenen § 833 des B.G.B. (Tierhalter-Haftung) zuteil werden läßt; nach Danz Meinung hätte in dem in der R.Ger. Entsch. Bd. LIV S. 73 mitgeteilten Falle beachtet werden müssen, daß der Verunglückte *gebeten* hatte, auf den Wagen genommen zu werden, und daß in der darauf erfolgten Aufnahme auf den Wagen eine Gefälligkeit des täglichen Lebens zu erblicken war, wodurch der sie Gewährende sich rechtlich nicht verpflichten will, und deswegen nur eine Haftung bei dolus für den Aufnehmenden entstand. Vgl. Danz D.J.Z. 1905 S. 387. Ein weiteres nicht minder belehrendes Beispiel von der wohltätigen Wirksamkeit des sozialen Instinktes bei Auslegungsfragen bietet

In allen diesen Richtungen wird unser „Gerechtigkeitsbegriff" von einer ganz besonderen, man darf sagen: direkt praktischen Bedeutung; denn nirgends ist jenes richterliche Ermessen als subjektive Willkür gedacht, stets nur als sozialer Instinkt (siehe oben S. 4, 5): man wird ein richterliches Urteil, obgleich es sich im gesetzlichen Rahmen des Ermessens formell bewegt, doch als „ungerecht" bezeichnen, wenn es, etwa weil der Richter dem Proudhonschen Satze La propriété c'est le vol zuneigt, einem Dieb, der einem Milliardär eine Million gestohlen hat, mit einem Tag Gefängnis, oder, etwa weil der Richter selbst einmal empfindlich bestohlen worden ist, einen, der einen Zehnpfennigbleistift gestohlen, mit fünf Jahren Gefängnis bestraft. Gerecht ist ein Urteil nur dann zu nennen, wenn es nicht bloß im Rahmen der möglicherweise recht weit gespannten Gesetzesbestimmung sich bewegt, sondern auch dem Rechtssinn des herrschenden Gemeinwesens, das ist eben der soziale Instinkt oder die Gerechtigkeit, entspricht. Es ist unter Umständen für den Richter nicht leicht, sein eignes subjektives Empfinden, da, wo er merkt oder ahnen muß, daß es sich vom Gemeinempfinden entferne, zu unterdrücken und dem letzteren nachzugeben, er muß es aber tun, wenn er freies Recht im Sinne der Gerechtigkeit anwenden will. Ein eminenter Kenner des römischen, wie des modernen bürgerlichen Rechts[1] läßt uns einen Blick tun in seine eigene Rechtsanwendung, er sagt: „Wenn mir ein Rechtsfall zur Entscheidung vorgelegt wird, so schöpfe ich mein Urteil zunächst und unmittelbar aus meinem Rechtsgefühl (Rechtsbewußtsein) und suche erst hinterher nach der gesetzlichen Begründung und Rechtfertigung meines „Vorurteils; freilich aber, wenn es sich herausstellt, daß eine gesetzliche Vorschrift meiner vorläufigen Entscheidung im Wege steht, halte ich es für meine beschworene richterliche Pflicht, meine Rechtsüberzeugung dem Gesetz unterzuordnen." Ein solches „Vorurteil", auf rein instinktives Erkennen basiert, kann und darf sich ein Mann wie Unger mit sicherem Vertrauen darauf, daß dieses Erkennen nicht bloß mit seinem subjektiven persönlichen Rechtsempfinden, sondern mit dem des herrschenden Gemeinwesens, also mit der Gerechtigkeit harmoniert, zweifellos erlauben, denn er stand und steht, aufs engste

O. Gradenwitz in seinem Beitrag zur „Kantschrift" (Königsberg 1904), der betitelt ist: „Der Wille des Stifters" und das von dem großen Königsberger Philosophen verteidigte „Recht des Staates, ja die Pflicht desselben zum Umändern einer jeden Stiftung, wenn sie der Erhaltung und dem Fortschreiten desselben zum Bessern entgegen ist", ein Ausdruck, der wie Gradenwitz a. a. O. S. 16 ff. darlegt, dem Zwecke dienlicher ist als die Fassung des § 87 unseres B.G.B., weil er eben das Postulat des sozialen Instinktes besser zu Darstelluag bringt.

[1] Es ist J. Unger, der Präsident der k. k. Reichsgerichts in Wien, an der oben S. 29 Anm. 1 angegebenen Stelle D.J.Z. S. 786 Anm.

vertraut mit dem geltenden Rechte, mitten im pulsierenden Rechtsleben und ist sich vielleicht gar nicht ganz bewußt, wie sehr das Gesetz des Staates in sein eigenes Rechtsempfinden übergegangen ist: bei manch anderem, der weniger feststeht im geltenden Rechte und über eine weniger reiche Gesetzes- oder Lebenserfahrung gebietet, dürfte jenes „Vorurteil"-bilden wohl nicht selten ein nicht ungefährlicher Umweg sein, aber in jedem Falle ist es unerläßlich, in dem richterlichen Ermessen nicht ein rein willkürliches Empfinden zur Herrschaft gelangen zu lassen, sondern nur das soziale Massenempfinden, die Gerechtigkeitsidee, wie sie sich insbesondere in den drei oben unter § 5 S. 16 ff. erörterten großen Erscheinungen unserer Kulturordnung äußert und namentlich in der Proportionalität vom Mittel und Zweck (siehe oben S. 21) zutage tritt.

3. Ein anderes, ebenfalls weites Gebiet eröffnet sich dem freien Rechte in den Fällen der sogenannten räumlichen Statutenkollision; namentlich im Bereiche des internationalen Privatrechts ist die ganze Normierung viel weniger vom Gesetzgeber oder von der Gewohnheit besorgt worden, als vielmehr vom Rechtstriebe der Richter, von der Konsequenz der Gerechtigkeitsidee unmittelbar.

4. Das herrschende Gemeinwesen kann die Entscheidung über die Rechtsempfindungen auch anderen Gemeinwesen — beschränkt oder in Unterordnung unter den staatlichen Entscheiden — delegationsweise überlassen, auch mittels stillschweigender Delegation; und es kann sich auch dafür ein festes Gewohnheitsrecht bilden; so entsteht das Recht der sogenannten autonomen Korporationen im Staate, das Recht der Hausverfassungen und Observanzen des hohen Adels und dgl.

5. Auch die Bildung des jus necessarium im Verhältnis der Staaten untereinander, die Entwicklung des Völkerrechts überhaupt, kann als eine Art von Entstehung „freien Rechts" angesehen werden, in welchem sich, wie bereits oben § 5 Ziff. 1, S. 16 ff. dargestellt worden ist, der soziale Instinkt der Menschheit in hervorragendster Weise bewährt.

## § 9.

„Die Gerechtigkeit gehört als Tugend mehr ad Ethicam, als Jurisprudentiam," v. KREITTMAYR an der oben S. 3 angeführten Stelle; niemand wird ihm hierin widersprechen, eine Erörterung über die Gerechtigkeit wäre aber im wesentlichen unvollständig, wenn sie nicht auch des Verhältnisses dieses Begriffs zur Moral gedächte; in einer juristischen Darstellung ist dies aber nur so weit gerechtfertigt, als es sich um schärfere Hervorhebung der Rechtlichen handelt.

Unzweifelhaft gibt es eine „Gerechtigkeit" im Sinne der Moral aber der Maßstab dieser „Gerechtigkeit" ist nicht das Recht und nicht

das Rechts- (Lust- oder Unlustempfinden) des Gemeinwesens, des herrschenden Gemeinwesens, oder irgend eines Gemeinwesens, sondern das Sittengesetz oder, genauer betrachtet, das sittliche Empfinden eines jeden für sich selbst, das sittliche Bewußtsein, das Gewissen.

Die Autorität der Moral ist demnach keine äußere, insbesondere nicht dem Staat und seiner Macht, sondern eine innere, die der Überzeugung, daß etwas gut oder schlecht sei, und diese Überzeugung bildet sich unter dem Einflusse verschiedener Faktoren, vor allem religiöser Vorstellungen, ferner unter dem Einflusse der Erziehung, Umgebung, Gewohnheit, Veranlagung, Lebenserfahrung, Charaktereigenart und -Entwicklung, im Gewissen; die Überzeugung, Gesinnung der Handelnden ist allein bestimmend für den moralischen Wert oder Unwert der Handlung.[1] Denn das Ziel der Moral ist Vervollkommnung des Einzelnen durch sich und dadurch Vervollkommnung der Menschheit, als deren Glied sich der moralisch handelnde, moralisch denkende Mensch fühlt, indem er erkennt, daß er durch die eigene Vervollkommnung beizutragen hat zur Erreichung der Bestimmung der Einzelnen wie der Menschheit im ganzen. Die Annahme einer sittlichen Bestimmung des Menschen ist der Punkt des Zusammenhangs von Moral und Religion, und in der Idee der Entwickelung (der Entwicklungsfähigkeit und Entwicklungsnotwendigkeit), daher in der Idee der Individuums- und Artverbesserung, der Annäherung zum Vollkommenen stimmen Religionen und Philosophien überein.[2] Und in dem Streben nach Vollkommnung sucht der sittlich Handelnde eine Harmonie der Gesinnung (Absicht) und auch der äußern, dieser entsprechenden Handlung gegenüber dem Daseinszweck der Menschheit zu gewinnen und zu erhalten, nach alleiniger Maßgabe seiner Überzeugung oder was dasselbe ist, des von ihm für bindend erachteten Sittengesetzes.

[1] Vgl. J. Kant, herausgegeben von G. Hartenstein, Kritik der prakt. Vernunft I 1, 3 S. 76 (auch Einleitung in die Metaphysik der Sitten, 1798 Bd. XXVI): „Handle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann." (Entgegengesetzt: die sog. Herrenmoral!) Vgl. Matth.Evang. 7, 12: „Alles also, was ihr wollt, daß euch die Leute tun, das sollt ihr ihnen tun, denn das ist das Gesetz und die Propheten." Tob. 4, 16; Luk. 6, 31. — Wechselnde Anschauungen in der Moral zeigt z. B. die Auffassung des Selbstmordes in der stoischen Philosophie und die bei Kant und die christliche: culpa est velle mori culpaque nelle mori (Owenus, siehe Knauer, Hauptprobleme der Philosophie, 1892, S. 406); völlig veränderte Anschauung z. B. bezüglich der Prostitution heutzutage gegenüber der des Altertums (z. B. wo Tempelprostitution, wie bei Herodot I 199, auch in Hammurabis Gesetzbuch §§ 182 ff., worüber Gareis, Enzyklopädie S. 3). Auf den Wechsel in der moralischen Beurteilung macht Cornelius Nepos im Prolog der vitae aufmerksam.

[2] Nachweisungen dieser Übereinstimmung siehe bei Gareis, Enzyklopädie § 6 II S. 24 Anm. 1–4.

Die Eigenschaft dieses Strebens nach der so ersehnten Harmonie ist die „Gerechtigkeit" im Sinne der Moral.

Somit ergibt sich zunächst ein scharfer Gegensatz, insofern das Leitmotiv der Gerechtigkeit im juristischen Sinne ein Gemeinwesensempfinden, und -Urteilen, das Leitmotiv der Gerechtigkeit im moralischen Sinne ein eigenes Empfinden und Urteilen ist, und ferner insofern das Ziel des Rechtes nur eine äußere Ordnung, (äußerer Friede, Ruhe, bloße Legalität), das Ziel der Moral aber eine innere Harmonie (innere Reinheit und Gesinnungstüchtigkeit, die zur Vervollkommuug in allem Guten strebt)[1] ist und sein muß.

Aber trotz dieses Unterschiedes besteht keineswegs eine praktische Kontrarietät zwischen Recht und Moral, zwischen Gerechtigkeit im juristischen und Gerechtigkeit im moralischen Sinne, im Gegenteil: „regelmäßig, bei gesunden Rechtsverhältnissen, ist jeder Bruch des Rechts zugleich ein Bruch der Moral (Ausnahmen kommen vor, setzen aber innere krankhafte Zustände voraus), während selbstverständlich nicht jeder Bruch der Moral zugleich auch ein Bruch des Rechtes ist".[2] Unleugbar besteht ein höchst wirksamer Zusammenhang zwischen Recht und Moral, ein Zusammenhang, der an Intensität nur durch den zwischen Religion und Moral übertroffen wird.

Und am deutlichsten tritt er hervor, wenn die juristische Gerechtigkeit an die moralische Gerechtigkeit appelliert, wie dann der Fall ist, wenn eine menschliche Handlung von der Rechtsordnung als deshalb unerlaubt, oder rechtsunwirksam, anfechtbar oder sogar strafbar bezeichnet wird, weil sie „gegen die guten Sitten," „contra bonos mores" sei.

An anderer Stelle ist dargelegt,[3] daß der Gesetzgeber den für ihn freilich sehr bequemen Weg, etwas als rechtswidrig einfach dann und dadurch zu bezeichnen, wenn und daß er sagt, es sei gegen „die guten Sitten", worunter keineswegs die Sitte (= der Anstand, das Konventionelle)[4] sondern die Moral, die Sittlichkeit gemeint ist, möglichst vermeiden solle. Verweist aber der Gesetzgeber den Richter auf „die guten Sitten" als Maßstab für die Zulässigkeit oder Gültigkeit einer Handlung usw.,[5] so muß der Richter sich bemühen, diesen Maßstab möglichst als einen objektiven, nicht als einen subjektiven zu nehmen, gerade so wie er nach den obigen Darlegungen (S. 33

[1] Diesen Unterschied läßt die Bergpredigt Christi (Matth. Evang. 5, 21 ff.) herrlich erkennen, worauf bereits Stammler hingewiesen hat. Vgl. auch Kant an dem oben S. 9 Anm. 4 angegebenen Orte.

[2] F. Dahn, Zeitschr. f. vgl. Rechtswissenschaft Bd. III S. 18.

[3] Gareis, Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 70 (1905) S. 319 ff.

[4] Gareis, Enzyklopädie § 6 IV (S. 28).

[5] z. B. B.G.B. §§ 138, 817, 826, Einführungsgesetz zum B.G.B. Art. 30.

bei Anwendung des sog. freien Rechts sich nicht von seinem rein persönlichen Empfinden leiten lassen darf, sondern von dem Gemeinwesensempfinden. Und hierzu gelangt der Richter, wie ebenfalls an anderer Stelle erörtert[1] ist, durch die Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte, oder des Rechts der Persönlichkeit im ganzen (der Menschenwürde), also gerade durch die Berücksichtigung einer der bedeutendsten Errungenschaften (s. oben § 5, S. 21, 22).

## § 10.

„Es ist recht und billig" — wenn dieser oft gehörte Satz nicht eine Tautologie sein soll, so bedeutet er: es entspricht nicht bloß dem Rechte, sondern auch der Billigkeit. Unter letzterer ist dreierlei zu verstehen:

1. Im Gegensatz zur „Gerechtigkeit" im juristischen Sinne ein subjektiver Maßstab, ein rein individuelles Empfinden, zu welchem der einzelne Mensch je nach seiner Anlage (Gemütsart), seiner Moral, seinem persönlichen Rechtsgefühl und seinem Anstandsgefühl mehr oder weniger leicht und mit dem mehr oder weniger sicheren Resultate gelangt, daß der zu beurteilende Zustand (oder die zu beurteilende Handlung) angemessen sei, und zwar nicht bloß dem Rechte nach, sondern nach allen Richtungen entsprechend sei. Ein denkender Mensch kommt, geleitet von der Erwägung aller Umstände und Verhältnisse des in seiner Individualität aufgefaßten jeweilig vorliegenden Falles, zu dem Schlusse: es ist billig, hierin so oder so zu handeln, und meint damit: es entspricht durchaus harmonisch den konkreten Verhältnissen des Falles, den Anforderungen der „ausgleichenden Gerechtigkeit" oder der „höheren Gerechtigkeit" oder dergl. — Diese „Gerechtigkeit" ist aber rein subjektiv und in dieser Subjektivität nur auf den konkreten Fall gerichtet, ein rein individuelles Empfinden, vielfach nicht einmal das Resultat des Denkens, sondern nur des Gefühles (Gefühlsäußerung), ein Empfinden, welches freilich auch als Massenerscheinung auftreten kann, dem zwar Idealität und damit auch eine für die weitere Rechtsentwicklung bedeutungsvolle Wirkung zukommen kann, aber keine direkt bindende Kraft zusteht; in diesem Sinne kann man das, was ein Volk als „billig" empfindet, als „Idealrecht" bezeichnen, aber ein wirkliches, nämlich geltendes Recht ist das so Empfundene noch nicht, wenn es nicht zum Gesetz oder zum Gewohnheitsrecht (wie unter 3.) geworden oder als solches wenigstens mittels der ausdehnenden Interpretation erkannt und in Anwendung gebracht werden kann.

[1] Seuffert, Bl. f. R.-Anw. Bd. 70 S. 320.

2. Der Gesetzgeber kann den Richter auf die Billigkeit als Richtschnur der zutreffenden Entscheidung verweisen,[1] man kann dies die eingebaute Billigkeit nennen, wie man auch vom eingebauten freien Recht spricht, und diese Billigkeit kann ja auch als freies Recht in dem oben S. 32 erörterten Sinne bezeichnet werden. Dann hat der Richter aber nicht sein individuelles Empfinden, sondern das von ihm gekannte Gemeinempfinden sprechen zu lassen, wie in den Fällen des anzuwendenden freien Rechts, von dem eben gesprochen worden ist.

3. Das jus aequum, auch aequitas genannt, ist bei den Römern nicht die oben (1. erörterte) subjektive Billigkeit, sondern positives Recht, nämlich das aus jenem Erwägen aller tatsächlichen Momente heraus gebildete objektive Recht im Gegensatz zum jus strictum, strengerem oder strengem Rechte, welches, schärfer durchschneidend, in einer oder der anderen Beziehung den tatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist.[2]

## § 11.

Bei Betrachtung des Begriffs der Billigkeit ist bereits angedeutet worden, daß Fälle denkbar sind, in denen die Anwendung des Rechts nicht in allen Richtungen als angemessen oder befriedigend erscheint und das individuelle Empfinden demnach nicht in jeder Hinsicht zu beruhigtem Lustempfinden macht, Fälle also, in denen wenigstens das eine oder andere Individuum trotz der korrekten Rechtsanwendung nach einer „höheren Gerechtigkeit", eben nach der „Billigkeit", in jenem allseitig befriedigenden Sinne strebt, trachtet oder sich sehnt.

Das Streben nach einer solchen „höheren Gerechtigkeit" ist derartig intensiv aufgetreten, daß es zu eigens darauf gerichteten Rechtsinstitutionen führte, rechtlichen Einrichtungen der herrschenden Gemeinwesen, innerhalb deren die Abweichung vom Rechte selbst als rechtlich zulässig geregelt wird.

Eine solche Einrichtung ist im Strafrecht die Erteilung der Gnade, die Begnadigung, sei sie Abolition (Niederschlagung) oder Amnestie (Klassenbegnadigung, auch Klassenabolition) oder Begnadigung im engern Sinne, Straferlaß oder Strafermäßigung im einzelnen Falle; auch die sog. bedingte Begnadigung, sowie das „Richten nach Gnade", im mittelalterlichen deutschen Rechte, auch das „Lösungsrecht" u. dergl. kann hierher gestellt werden. Seine Begründung findet das Begnadigungsrecht, welches nach den modernen

[1] z. B. Dig. 45, 1, 91 § 3 (hierzu aber Kipp in Windscheids Pand. 8. Aufl. I S. 103 Anm. 5), B.G.B. § 315 u. a., Gradenwitz, Wörterverzeichnis stellt 17 Stellen des B.G.B. zusammen, in denen auf das Billige oder die Billigkeit verwiesen ist.

[2] Windscheid-Kipp, Pand. § 28.

Staatseinrichtungen als ein Recht des Staatsoberhauptes hochgeschätzt wird, teils in der Erwägung der menschlichen Fehlbarkeit, also der Möglichkeit eines Irrtums des Richters, teils in der nach menschlicher Kraft nie ganz zu beseitigenden Unvollkommenheit aller Rechtsordnungen, teils aber auch darin, daß unter Umständen auch für den Staat das rechtliche Interesse an der Bestrafung gegen andere höher oder näherstehende Rücksichten zurücktritt.[1]

Gerade hinsichtlich des letzterwähnten Grundes herrscht Meinungsverschiedenheit, es gibt Juristen, welche die Zulässigkeit der Begnadigung (theoretisch) auf die Herstellung des materiellen Rechts beschränken wollen, oder wenigstens auf die Verwirklichung der „Gerechtigkeit", diesen Begriff aber in einem weiteren Sinne fassen, nämlich in dem der hier erörterten sog. höheren Gerechtigkeit, und dieses führt dann bereits zu anderen, das Zurücktreten des staatlichen Strafanspruches, also die Begnadigung rechtfertigenden Rücksichten.[2]

Im Gebiete der bürgerlichen Rechte sind die rechtlich zulässigen und geregelten Abweichungen von den Forderungen der „Gerechtigkeit" viel zahlreicher als im Strafrechte, vor allem deshalb, weil soweit privatrechtliche Befugnisse übertragbar sind, sie regelmäßig durch Verzicht[3] auch aufgegeben werden können; ferner weil im Rechtsinstitut des Vergleichs ein Vertrag anerkannt ist, „durch den ein Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt werden kann";[4] und ferner weil auch die Verzeihung ein Abweichen vom Rechte gesetzlich rechtfertigen kann in denjenigen Fällen, wo ohne Verzeihung des Gekränkten Rechtsnachteile von Rechts wegen eintreten würden.[5]

Diese Abweichungen, Verzicht, Vergleich und Verzeihung im Privatrecht und die Begnadigungen im Strafrecht sind darauf zurückzuführen, daß für das Verhältnis der Menschen untereinander und zu ihren Gemeinwesen eben auch noch andere Interessen als die des Rechts, andere Regeln als die der Gerechtigkeit maßgebend sind. Es beherrscht ja diese Verhältnisse einerseits das Nützlichkeitsprinzip, der Opportunismus der Gemeinwesen und der Egoismus der Einzelnen, letzterer freilich nur im Rahmen der ihn bändigenden Rechtsvorschriften; andererseits aber auch ein weit über Gerechtigkeit hinaufragender Altruismus, jenes Gesetz der alles verzeihenden, alles

[1] Hugo Meyer-Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (6. Aufl. Leipzig 1907) § 46 S. 272.

[2] Über all dies und das Begnadigungsrecht überhaupt siehe Meyer-Allfeld a. a. O. und die durch Anm. 1, 4—7 angegebene Literatur.

[3] Vgl. Gradenwitz, Wortverzeichnis unter „Verzicht" und „Verzichten" (60mal).

[4] B.G.B. § 779, auch § 218, 782, 1822.

[5] B.G.B. §§ 532, 1570, 1574, 2337, 2343.

ertragenden und werktätigen Liebe. (Vgl. oben S. 18 Anm. 3 und S. 36 Anm. 1.)

So können auch von jenem Nützlichkeitsprinzip und von dem altruistischen Prinzip Regelungen des Sichverhaltens der Menschen untereinander ausgehen, naturgemäße Regelungen sogar, wie von der Gerechtigkeit, dem sozialen Instinkte. Aber die Regelungen der Gerechtigkeit unterscheiden sich von der tieferstehenden des Opportunismus und von der höherstehenden der Nächstenliebe durch ihren unmittelbaren Zusammenhang mit dem Denkgesetz, dem Subsumptionsprinzip (siehe oben S. 7), welches die für jede Rechtsentstehung wesentlichen Lust- und Unlustgefühle der menschlichen Gemeinwesen naturgemäß genau so ein- und unterordnet, wie es für das Zusammenleben der Menschen erforderlich ist, ein mystischer Vorgang, den wir eben die Entstehung der Gerechtigkeit zu nennen pflegen; aus diesem Vorgange aber fließt das Recht, gebildet von bewußten und unbewußten Mächten, die bewußt oder unbewußt der Gerechtigkeit als ihrem Leitstern folgen, und geübt von Menschen, die dafür geeigenschaftet sind, sofern sie die Eigenschaft der Gerechtigkeit haben; von ihm ist in Wahrheit zu preisen, was nicht schöner ausgedrückt werden kann als mit den Worten:

„Die höchsten Ziele der Menschheit werden nur durch freien Aufschwung der Kräfte erreicht; aber dieser Aufschwung wäre nicht möglich ohne das Recht; das Recht ist es, welches den Boden bereitet für alle menschliche Kultur.“[1] Und an dieser Bodenbereitung arbeitet die Menschheit sowohl vermöge der rechterzeugenden als auch vermöge der rechtanwendenden Gerechtigkeit.

[1] B. Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Rektoratsrede, Leipzig 1884 S. 4), auch P. Oertmann, Windscheids gesammelte Reden usw., Leipzig 1904 S. 102.

**Ernst Beling**
**Tübingen.**

# Informativprozesse.

**Anregungen zu einer Ergänzung der Prozeßgesetzgebung.**

# Inhalt.


| | | Seite |
|---|---|---|
| § 1. | Prozeß und Tatsachenfeststellung | 5 |
| | I. Tatsachenfeststellung im Dienste privater Interessen | 8 |
| § 2. | 1. Der gute Name | 8 |
| § 3. | 2. Das Andenken eines Toten | 14 |
| § 4. | 3. Die Gesundheit | 15 |
| § 5. | 4. Sonstige Interessen | 16 |
| § 6. | Der zu eröffnende Rechtsschutzweg | 21 |
| § 7. | Skizzierung des Informativprozesses | 35 |
| § 8. | II. Informativprozeß im öffentlichen Interesse | 48 |
| § 9. | Bedenken gegen den Informativprozeß? | 53 |
| | Quellenregister | 56 |


Die Seitenzahlen des Inhaltsverzeichnisses und Quellenregisters und die Verweise in Text und Anmerkungen beziehen sich auf die besondere Paginierung des Aufsatzes.

## § 1.

## Prozeß und Tatsachenfeststellung.

In zwei Prozeßgattungen erschöpft sich heute die jurisdictio contentiosa: im Zivilprozeß und im Strafprozeß,[1] beide dazu bestimmt, eine in rechtlichen Beziehungen zwischen Rechtssubjekten obwaltende Ungewißheit, also die Ungewißheit über „Ansprüche" oder mindestens „Rechtsverhältnisse", durch die Streitlosigkeit zu ersetzen, beide zum Austrage von „Rechts"-Streitigkeiten in diesem Sinne bestimmt, mag es nun sein, daß die rechtliche Beziehung kondemnatorisch oder nur feststellend oder aber gestaltend durch das Urteil abgetan werden soll. Ein Streit über Tatsachen kann den Richter im Rahmen des Prozesses beschäftigen; niemals aber[2] kann um Tatsachen als solche prozessiert werden; für die richterliche Feststellung von Tatsachen ist kein Rechtsschutzweg gegeben; eine Klage, die ein nacktes Faktum, eine quaestio facti, der richterlichen Kognition unterbreiten wollte, müßte heute vom Gericht abgelehnt werden. Nur über Seinsollendes, wenn man so sagen darf, nicht über Daseiendes oder Geschehenes kann prozessiert werden. Denn, wenn es auch Beweiserhebung im Prozeß gibt, so gibt es doch keinen Prozeß auf Beweiserhebung als solche.[3]

Und selbst bei Gelegenheit eines Rechtshandels können die streitenden Teile Tatsachen nur in dem beschränkten Umfange zur rich-

[1] Das Verwaltungsstreitverfahren, als nicht dem Gebiet der reinen Justiz angehörig, soll hier außer Betracht bleiben.

[2] Mit einer Ausnahme, deren unten zu gedenken ist: dem Prozeß um die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. (Dagegen stellt die „Sicherung des Beweises" keinen Prozeß um eine Tatsache dar, sondern einen „abgerissenen Teil" oder ein antezipiertes Stück des als nachfolgend gedachten Prozesses, vgl. Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts S. 173.)

[3] Die Auffassung von Planck, Lehrb. 2 17, daß auch über andere Tatsachen als die Urkundenechtheit oder -Unechtheit zivilprozessuale Feststellungsprozesse zulässig seien, hat nicht durchzudringen vermocht. Die h. M. läßt Zivilprozesse über andere Tatsachen mit Recht nicht zu: Gaupp-Stein II 1a, II 2 zu § 256; Lothar Seuffert 2a zu § 256; Rich. Schmidt, Lehrb. $1^2$ § 49 IV; Weismann, Lehrb. 1 § 18 IV; Hellwig, Lehrb. 1 381; Kohler in Holtzendorffs Enzykl. $^6$2 106; Kisch,

terlichen Würdigung bringen, wie es dem Prozeßzweck entspricht: nur die für die Beurteilung des Klagerechts, des Prozeßverhältnisses und des streitigen Anspruchs oder Rechtsverhältnisses relevanten Tatsachen können hier — und das mit vollem Recht — zur Geltung gebracht werden. Alles in dieser Hinsicht „nicht relevante" Vorbringen der Parteien, mag es für diese nach anderen Richtungen hin noch so relevant sein, wird mit Fug ungewürdigt und unbewiesen zur Seite gestellt, und seine Ausmerzung aus dem Prozeß bedeutet niemals ein gravamen: kein Rechtsmittel ist da, um ihm Einlaß in den Prozeß zu verschaffen.[1]

Ja und selbst da, wo der Richter auf einer Tatsache fußt, gelangt die Feststellung dieser Tatsache grundsätzlich nur in die Entscheidungsgründe, nicht in den dezisiven Teil des Urteils.[2]

Aber es fragt sich, ob nicht die Prozeßgesetzgebung hier gegenüber dem Leben eine Lücke aufweist, ob nicht die Bedürfnisse der

---

Beiträge zur Urteilslehre S. 9 („Feststellung einer Tatsache, nämlich der Urkundenechtheit"), S. 14 usw., vgl. auch Reichsgericht, Ziv. Entsch. 50 400.

Für Österreich muß das Gleiche gelten, vgl. Pollak, Lehrb. des Österr. Zivilproz. 15.

Vgl. auch Plósz a. O. S. 161 ff.; Langheineken, Urteilsanspruch S. 189 ff. (der zwar neben der Urkundenfeststellungsklage noch die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs und etliche andere Klagen — kaum zutreffend — als Tatsachenfeststellungsklagen charakterisiert, aber doch stillschweigend unterstellt, daß sich die Tatsachenfeststellungsklagen auf eine kleine Zahl und zwar nur auf Typen, die durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung anerkannt sind, beschränkt.)

Daß sich mitunter — bei ungeschickt gefaßter Klage — der scheinbare Streit um eine Tatsache in einen Streit um ein Rechtsverhältnis umdeuten läßt, steht auf einem anderen Blatte. In solchen Fällen — z. B. wenn der Klageantrag auf Feststellung des Abschlusses eines Kaufvertrags lautet, während das Kaufverhältnis als solches der richterlichen Kognition unterstellt sein soll — liegt eben kein Prozeß um jene isoliert herausgegriffene Tatsache vor, was sich dadurch schlagend erweist, daß auch alle sonstigen für das Bestehen des Rechtsverhältnisses erheblichen Tatsachen, namentlich die Aufhebungstatsachen, mit in den Bereich des Prozesses fallen. Wollte ein Kläger die Mitberücksichtigung dieser Tatsachen ausgeschlossen wissen, also wirklich nur ein Urteil über den Kaufsabschlußvorgang begehren, so würde er abgewiesen werden müssen.

Ebenso gehören Z.P.O. 624 und B.G.B. 1574 nicht hierher. Hier handelt es sich zwar um urteilsmäßige Feststellung von Tatsachen (Persönlichkeit des ehebrecherischen Dritten bezw. des an der Ehescheidung schuldigen Teils) aber nur bei Gelegenheit eines regelrechten Eheprozesses, nicht so, daß diese Tatsachen den Gegenstand eines eigenen Prozesses bilden könnten.

[1] So ist bekanntlich der im Strafprozeß wegen Volltrunkenheit Freigesprochene nicht in der Lage, die Angelegenheit einer höheren Instanz zu unterbreiten, um die Feststellung zu erzielen, daß er überhaupt nicht der Täter gewesen sei.

[2] Ausnahme Z.P.O. 624, B.G.B. 1574 (Hellwig, Lehrbuch S. 582 Anm. 15 faßt diese Fälle anscheinend als Parallelen zur Urkundenfeststellungsklage auf; vgl. dagegen oben Anm. 3 a. E.).

Gegenwart dazu drängen, eine Prozeßführung pro proclamanda veritate, also einzig in der Tendenz, gewisse Tatsachen sozusagen festzunageln, zu gestatten und zu diesem Behufe dem Zivil- und dem Strafprozeß als Prozeduren in Rechtsstreitigkeiten eine neue selbständige Prozeßgattung, den — wie er hier genannt sein möge — Informativ- oder reinen Ermittelungsprozeß als ein kontenziöses Verfahren in Tatsachenstreitigkeiten an die Seite zu setzen, ein Verfahren, das überall da Platz zu greifen hätte, wo die Partei entweder außer stande ist, die Tatsache implicite in einer Rechtsstreitigkeit mit feststellen zu lassen, weil sie für keine zivil- oder strafrechtswegfähigen Ansprüche oder Rechtsverhältnisse relevant ist, oder aber die Partei nicht gewillt und nicht veranlaßt ist, den Zivil- oder den Strafprozeßweg zu beschreiten, weil sich ihr Interesse einzig auf die tatsächliche Feststellung konzentriert, und sie die Rechtsfolgen nicht zur Geltung bringen will, oder sich diese voraussichtlich nach der autoritativen Feststellung jener Tatsache von selber zur Zufriedenheit abwickeln werden.

Ohne auch nur entfernt zu glauben, abschließende Ergebnisse bieten zu können, möchte ich auf den folgenden Seiten das Problem zur Diskussion stellen. Vielleicht, daß von anderer Seite statt des Informativprozesses Wege aufgezeigt werden können, die vor jenem den Vorzug verdienen. Was mir aber unleugbar erscheint, das ist, daß wichtige Interessen vorhanden sind, die heute des Rechtsschutzes entbehren, die aber in irgend einer Weise zu befriedigen die Gesetzgebung sich nicht wird entschlagen können.

Denn wenn auch das Problem, so wie es hier gefaßt wird, namentlich insofern neu ist, als es generell aufgeworfen wird, so haben sich doch schon verschiedene Lebensgüter zum Worte gemeldet, die der heutige Prozeßschematismus leer ausgehen läßt. Das gilt vornehmlich von der Ehre des Menschen im Sinne des „guten Namens".

Auch sonst gibt es unzweifelhaft Interessen, für die es gleichfalls heute an Rechtsschutz gebricht, und denen eine Prozedur wie die zur Rufreparation geeignete ebenfalls Befriedigung bieten würde. Wie aber alle Gesetzgebung von bestimmten, schon hervorgetretenen Einzelbedürfnissen nur ausgehen darf, ihre Normen aber tunlichst umfassend ausprägen muß, so wird auch für den Informativprozeß eine Gestaltung zu suchen sein, die ihn geeignet macht, auch Bedürfnisse zu befriedigen, auf die man bisher noch nicht aufmerksam geworden ist. So soll eine abstrakte Formel gesucht werden, die einerseits weit genug ist, um dem Informativprozeß die Möglichkeit enger Anschmiegung an die Vielheit der Lebenserscheinungen zu gewährleisten, andererseits aber eng genug, um nicht die Justiz ins Uferlose verschwimmen zu lassen.

# I. Tatsachenfeststellung im Dienste privater Interessen.

## § 2.

### 1. Der gute Name.

Daß das heutige Recht die Ehre[1] nicht in auskömmlicher Weise schützt, kann heute als die gemeine Meinung bezeichnet werden.[2] Von den Beweisen, die für diese These ins Feld geführt werden, mag ein Teil auf schwachen Füßen stehen; so mag es namentlich fraglich sein, ob die Häufigkeit des Zweikampfs wirklich ein Indiz für die Mangelhaftigkeit der Rechtseinrichtungen zugunsten des Ehrenschutzes ist und nicht vielmehr durch die tyrannische Macht von Sitte und Mode genügend erklärt wird. Auch ist unzweifelhaft von dem Postulat stärkeren Schutzes der Ehre dasjenige abzustreichen, was aus der nervösen Überempfindlichkeit der heutigen Generation entquillt. Den heftig auflodernden ungesunden Regungen, die erlittene Kränkung hervorruft, soll das Gesetz nicht Vorschub dadurch leisten, daß es den „Dreschflegel der Strafe", wie HERMANN SEUFFERT es treffend, wenn auch mit Bezug auf ein anderes Problem,[3] ausgedrückt hat, schwingt. Nur die Decadence, nicht stolze Männlichkeit jammert nach Polizei und Staatsanwalt, wenn einmal die Hühneraugen unsanft berührt werden. Deshalb ist auch der vielfach geforderten Verschärfung der Strafgesetze gegen Beleidigung nur mit Vorsicht das Wort zu reden. Sie ist in einer Hinsicht am Platze: dem Verleumder mag unter Umständen Zuchthausstrafe gebühren, auch wird die Absprechung der bürgerlichen Ehrenrechte gegenüber dem verleumderischen Ehrabschneider mitunter am Platze sein; stellt doch die Verleumdung eine schwere Verletzung dar, deren Ergebnis „et in homine constantissimo cadit". Dagegen ist davor zu warnen, das Strafgesetz gegen die „formale", d. i. nur durch abfälliges Urteil begangene Beleidigung zu verschärfen. Regelmäßig sind solche Beleidigungen nur

[1] Es wird im folgenden die Ehre im Sinne der sozialen Geltung, der gesellschaftlichen Position, verstanden. Auf den Streit über den Ehrbegriff kann hier natürlich nicht eingegangen werden.

[2] Vgl. namentlich: FRIEDMANN, Das Recht der Wahrheit und der Schutz des guten Namens vom legislativen Standpunkt; Derselbe, Vorschläge zur Umgestaltung des österreich. Preßrechts sowie des Rechtsschutzes in Beleidigungssachen; VON BAR, Gerichtssaal 52 157 ff.; KÖHLER, Reformfragen des Strafrechts 75; BINDING, Handb. 1 680; KOHLER, Goltd. Archiv 47 115; HELFRITZ, Der geschichtliche Bestand und die legislative Verwertbarkeit von Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung S. 145 ff.; KISSLING, Unverantwortlichkeit der Abgeordneten 21; WALDSTEIN auf dem 28. deutschen Juristentage, vgl. Gerichtssaal 70 51; LIEPMANN, D.J.Z. 11 936; LIEPMANN, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 372; VON LILIENTHAL das. 4 458; derselbe D.J.Z. 12 673; KUHLENBECK im „Recht" 11 482. [3] Unten S. 29 Anm. 2.

aus der Hitze des Gefechts herrührende Augenblicksprodukte, die mit dem Augenblick auch in ihren Wirkungen vergehen; und auch wo sie praemeditate begangen werden, können sie auf die Dauer kaum erheblichen Schaden anrichten, über sie wächst schnell Gras. Nur die Rachsucht, nicht die nüchtern wägende Vergeltung kann hier zu hochgeschraubten Strafen gelangen. Je weniger man die beleidigende Wertung verdient hat, und je niedrigerer Gesinnung die Beleidigung entspringt, um so ruhiger wird man sie ignorieren, „dem Verächter Trutz bieten" können, wie man auch einen kläffenden Köter kläffen läßt.[1]

Geradezu bedauerlich aber erscheint die Bestrafung, die das heutige Recht der üblen Nachrede androht. Der Satz, daß auch derjenige gestraft wird, der wahre ehrenrührige Tatsachen behauptet hat, wofern nur ihre Wahrheit nicht erweislich ist, verleugnet alles gerechte Empfinden.[2] Das hat FRIEDMANN[3] in ganz vortrefflicher Weise dargelegt. Zu seinen überaus lesenswerten Ausführungen bleibt kaum etwas hinzuzusetzen. Sie zeigen anschaulich, wie § 186 St.G.B. gerade dem anständigen Menschen schwere Gefahren droht, der einem Lumpen gegenübersteht.[4]

Allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen gemäß darf Strafe nur denjenigen treffen, der erwiesenermaßen unwahre ehrenrührige Tatsachen behauptet oder verbreitet hat[5]; und auch das Behaupten oder Verbreiten unwahrer Tatsachen darf nur bei erwiesener Schuld gestraft werden.[6] Und da ein fahrlässiges Behaupten oder Verbreiten unwahrer Tatsachen wohl in den Wirkungen sehr empfindlich sein

[1] Die Richtigkeit der Auffassung, daß man durch strengere Bestrafung der formalen Beleidigung den Zweikampf eindämmen würde, wird stark zu bezweifeln sein. Vgl. z. B. RUD. LEONHARD, Der Schutz der Ehre im alten Rom S. 33 ff.; LIEPMANN, Duell und Ehre S. 38; KOHLRAUSCH, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 3 180; VON LILIENTHAL das. 4 451; Derselbe D.J.Z. 12 673.

[2] Ein Hausherr hatte sein Dienstmädchen bei einem Diebstahl ertappt, ohne daß Dritte dabei zugegen waren, hatte das Mädchen entlassen und den Sachverhalt dann wahrheitsgemäß einem Bekannten erzählt, der ihn gleich darauf besuchte. Das Mädchen erfuhr davon und hatte die Stirn, den Herrn wegen übler Nachrede zu verklagen. Dem Gesetz gemäß erfolgte prompt Verurteilung; denn der Beweis der Wahrheit war natürlich nicht zu erbringen!

[3] Das Recht der Wahrheit S. 5 ff.

[4] Deshalb durchaus abzulehnen der Antrag der Deutschen Anti-Duell-Liga (Beilage zur D.J.Z. 10 No. 7), gar noch die Strafdrohungen in § 186 zu erhöhen!

[5] Vgl. besonders FRIEDMANN, Das Recht der Wahrheit S. 6.

[6] FRIEDMANN, Recht der Wahrheit S. 7 ff., Vorschläge zur Umgestaltung des österr. Prefär. usw. S. 97 ff.

Deshalb auch nicht genügend Art. 102 V des Schweizer. St.G.B.-Vorentwurfs, wonach bei einer in verzeihlichem Irrtum aufgestellten falschen Behauptung und nachfolgendem Widerruf der Richter soll von Strafe absehen können.

kann, aber, wie sogleich zu zeigen, die Interessen des Geschädigten sich in ganz anderer als strafrechtlicher Richtung bewegen, so wird die künftige Strafgesetzgebung unter Streichung des § 186 St.G.B. lediglich eine Korrektur des § 187 dahin eintreten zu lassen haben, daß an Stelle des „wider besseres Wissen" das allgemeine Vorsatzrequisit gesetzt, also der dolus eventualis mitergriffen wird.

So unangängig es also ist, der fahrlässigen oder gar schuldlosen Behauptung oder Verbreitung unwahrer ehrenrühriger Tatsachen Strafe anzudrohen, so sehr — und um so mehr — macht sich doch hier das Bedürfnis geltend, dem Geschädigten die rechtliche Möglichkeit zu gewähren, den Inhalt der Behauptung oder Verbreitung als falsch zu erweisen und damit seine existimatio, die Schätzung, die er im Kreise der Rechtsgenossen genießt, auf die richtige Basis zu stellen.[1] Diesem Bedürfnis nun genügt der Strafprozeß nur sehr teilweise. Wer, durch üble Nachrede geschädigt, Privatklage erheben, oder durch seinen Strafantrag Staatsklage herbeiführen möchte, der kann dies zunächst überall da schlechterdings nicht, wo sein Gegner der Strafgerichtsbarkeit nicht unterfällt. Aber auch wo der Strafprozeß vonstatten geht, wird oft genug die Freisprechung oder selbst die Verurteilung des Angeklagten den Kernpunkt der Sache, die Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsachen im Dunklen lassen; so wenn der Angeklagte wegen „Wahrnehmung berechtigter Interessen" freigesprochen wird;[2] so, wenn der präsumtive Beleidiger wegen Mangel eines Beleidigungsvorsatzes oder wegen eines Strafausschließungsgrundes nicht gestraft werden kann;[3] so aber auch, wenn die Beweisaufnahme kein deutliches Bild ergeben hat, und der Angeklagte trotz der Verurteilung den Gerichtssaal mit dem Bewußtsein verlassen kann, daß der Verfolger der moralisch Unterlegene ist.[4]

Gerade hier macht sich der Umstand geltend, daß der Strafprozeß seiner ganzen Anlage nach gar nicht auf Klarstellung der Sachlage an sich gerichtet ist.[5]

---

[1] Zum folgenden vgl. besonders Friedmann, Recht der Wahrheit S. 17 ff.

[2] Man denke besonders an staatsanwaltschaftliche Plaidoyers beleidigenden Inhalts. Wohl nicht ohne Grund betonen Kohler, Goltd. Arch. 47 115; Friedmann, Recht der Wahrheit S. 24; von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 459, daß das Bedürfnis, zugunsten des Privatklägers die Sache aufzuklären, die Gerichte mitunter veranlaßt, den Bereich der „Wahrnehmung berechtigter Interessen" zu eng zu bemessen.

[3] Namentlich weil er die betreffende Äußerung als Abgeordneter in Ausübung des Berufs getan hat.

[4] Vgl. auch von Bar, Gerichtssaal 52 156.

[5] In dem kürzlich verhandelten Münchener Hoftheaterprozeß hat laut Zeitungsnachrichten der Vertreter des Privatklägers, Justizrat Bernstein, erklärt: „Der Privat-

Und da, wo von vornherein sicher ist, daß der Gegner strafprozessual überhaupt nicht belangbar ist, das Verfahren also mit Einstellung enden muß, oder daß das Strafgericht auf die Prüfung der Sachlage überhaupt nicht eingehen kann, da wird der Beleidigte vernünftigerweise nicht einmal den — untauglichen — Versuch machen, auf diesem Wege Klarstellung zu erzielen.

Demjenigen, der unter einer von anderer Seite aufgestellten Behauptung unwahren Inhalts leidet, bleibt deshalb heute, will anders er gerichtliche Klarstellung des Sachverhalts erzielen, häufig kaum etwas anderes übrig, als seinerseits den Gegner in Beziehung auf die strittige Sachlage zu beleidigen und so auf Strafklage gegen sich selbst zu provozieren in der Tendenz, als Angeklagter in dem Strafprozeß Gelegenheit zu finden, sein Beweismaterial verteidigungsweise auszubreiten und, bei Duldung einer Verurteilung wegen formeller Beleidigung, doch die Genugtuung zu erzielen, sich im Hauptpunkt reinwaschen zu können. Wie häufig berichten die Zeitungen von derartiger „Flucht in die Öffentlichkeit"! Es ist aber sicher ein sehr unnatürlicher „Rechts"zustand, wenn jemand um deswillen zu einer strafbaren Handlung gedrängt wird, weil der Rechtsschutz mangelhaft ist!

In gewissem Umfang ist es für ungerecht Verdächtigte möglich, die existimatio in einem ehren- oder disziplinargerichtlichen Verfahren wieder herzustellen.[1] Aber einmal ist nicht jedermann Angehöriger solcher engeren Kreise im Staate, in denen ehren- und disziplinargerichtliche Einrichtungen bestehen; und sodann gehören diese nicht der breiten Öffentlichkeit an, wie bei ihnen denn auch in der Regel geheim prozediert wird, können also dem Bedürfnis nach allseitig öffentlicher Aufklärung nicht genügen; im Gegenteil werden

---

kläger hat die Klage nicht angestrengt, um an dem Beleidiger Rache zu nehmen, sondern weil es gewisse Behauptungen gibt, die ein anständiger Mensch nicht unwidersprochen lassen kann. Um dies klarzustellen, gibt es nur einen Weg, das ist die öffentliche Verhandlung. In dem Augenblick aber, wo der Beklagte sagt, er halte persönlich die beleidigenden Ausdrücke nicht mehr aufrecht, haben die Beleidigten auch nicht mehr das Gefühl, beleidigt zu sein. Wenn sie noch dazu anerkennen, daß der Beleidiger in gutem Glauben gehandelt hat, so ist in einem solchen Falle bei anständigen Parteien die Grundlage des Vergleichs geboten . . ." Deutlicher kann garnicht zum Ausdruck kommen, daß der Strafprozeß nur mangels sonstiger Schutzeinrichtungen als Notbehelf contra naturam sui generis herhalten mußte.

[1] Vgl. Verordnung über die Ehrengerichte der Offiziere im Preußischen Heere vom 2. Mai 1874 § 1[2]: „Die Ehrengerichte der Offiziere haben zum Zweck, die gemeinsame Ehre der Genossenschaft, sowie die Ehre des Einzelnen zu wahren.

Ihre Aufgabe ist es: . . . . . .

2. Die Offiziere vor unbegründeten Verdächtigungen ihrer Ehrenhaftigkeit zu reinigen, insofern andere standesgemäße Wege hierzu nicht vorhanden sind."

sie dem Vorwurf der einseitigen Auffassung und Beurteilung oft genug ausgesetzt sein.

In dem berechtigten Bestreben, dem Beweis der Wahrheit in vollem Umfang Raum zu schaffen, ist vorgeschlagen worden, daß in jedem Beleidigungsprozesse stets der tatsächlichen Sachlage umfassend auf den Grund gegangen werden solle.[1] Aber dabei würde nicht nur der Strafprozeß seines wahren Charakters entkleidet,[2] sondern auch dem Rufreparationsbedürfnis da keine Genüge geleistet, wo prozessuale oder materiellrechtliche Gründe den Strafprozeß unmöglich machen.

Ganz ähnliche Erwägungen lassen auch die bürgerlichrechtliche Deliktsklage auf Schadensersatz gemäß § 824 B.G.B.[3] als unzulänglich für die Rufreparation erscheinen. Auch hier erscheint der Streitpunkt — Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung — auf ein Gebiet hinübergeschoben, wo er nicht zu rechter Geltung kommt.[4]

So drängt alles darauf hin, dem Geschädigten zur Rufreparation dadurch zu verhelfen, daß ihm ein eigens auf Aufklärung der tatsächlichen Lage der Sache zugeschnittenes Verfahren zur Verfügung gestellt wird,[5] also ein Rechtsweg, in dem hinsichtlich der tatsächlichen Klarstellung ein Evasivergebnis nicht möglich ist, sondern diese selber den Verfahrensgegenstand bildet, so zwar, daß die etwaigen Rechtsfolgen außer Ansatz bleiben; ein Verfahren, das natürlich — da auch der Verleumdungsprozeß dem Bedürfnis der Klärung nicht unbedingt genügt, der Verleumdete möglicherweise auch gar kein Gewicht darauf legt, den Gegner zur Strafe gebracht zu sehen, — auch dem Verleumdeten zur Verfügung stehen muß.

Es ist vorgeschlagen worden, dem Interesse des Beleidigten durch Wiedereinführung eines Urteils auf Widerruf der falschen ehrenrührigen Behauptung durch Wiederbelebung der alten actio recantatoria (ad palinodiam) Genüge zu leisten.[6] Offenbar aber be-

---

[1] von Bar, Gerichtssaal 52 159; so auch Italien a. 394, Tessin a. 351 § 5; vgl. Kohler, Goltd. Arch. 47 116, Friedmann, Recht der Wahrheit S. 28.

[2] Wie denn auch von Bar a. a. O. selber unter Berufung auf älteres deutsches Recht dem Beleidigungsprozeß den Zweck vindizieren will, die Fleckenlosigkeit des Rufs des Beleidigten darzutun, was gewiß kein Strafprozeßzweck, sondern eher das gerade Gegenteil davon ist.

[3] Vgl. auch von Bar, Gerichtssaal 52 207 f.

[4] Vgl. Friedmann, Recht der Wahrheit S. 26, gegen die einen „zwecklosen Umweg" darstellende Entschädigungsklage „auf unus numus".

[5] So auch im wesentlichen die auf S. 8 Anm. 2 Zitierten.

[6] Helfritz, Der geschichtliche Bestand und die legislative Verwertbarkeit von Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung S. 152 ff.; Derselbe in den Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages 2 248 ff., 255 ff.; vgl. auch Kuhlenbeck im „Recht" 11 483.

gegnet dieser Vorschlag nicht nur dem Bedenken, daß die Erzwingung des Widerrufs problematisch erscheint, sondern auch dem Bedenken, daß der erzwungene Widerruf ebenso wertlos wie auch gegenüber der richterlichen Zurückweisung der üblen Nachrede unnötig ist.[1]

Eher wäre der Vorschlag diskutabel, dem Beleidigten dadurch zu helfen, daß der heutigen Strafklage, die als „kondemnatorische" von dem Strafklageberechtigten gegen den präsumtiven Täter einer strafbaren Handlung erhoben wird, eine negative Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Strafanspruchs nach Analogie der negativen Rechtsverhältnisfeststellungsklage des § 256 Z.P.O. an die Seite gestellt werde. Indessen wäre gegen solche — recht künstliche — Gestaltung einzuwenden einmal, daß dann notwendig die Klage gegen den Staat als den Inhaber des geleugneten Strafanspruchs zu richten, mindestens aber der Staat am Verfahren zu beteiligen wäre — während doch in Wirklichkeit nur ein Streit Privater untereinander in Frage steht; sodann, daß das Interesse des in seinem Rufe Geschädigten eine Aufrollung des Rechts(-Strafanspruchs-)problems überhaupt nicht erheischt; endlich aber, daß unmöglich einem einer strafbaren Handlung Verdächtigten zugestanden werden kann, die zur eventuellen Strafverfolgung berufene Behörde „zu stellen", um von ihr gewissermaßen jene Ehrenerklärung zu erzielen — was die Folge wäre, wenn eine negative Feststellungsklage Eingang fände. Überdies ist nicht außer acht zu lassen, daß ja keineswegs jede üble Nachrede eine strafbare Handlung zum Inhalt hat, daß also ein behaupteter, durch die negative Feststellungsklage angreifbarer Strafanspruch nicht überall in Frage steht.

Über die hier vorgeschlagene „Tatsachenfeststellung" hinausgehend könnte vielleicht ein Ausspruch des Gerichts über die Intaktheit der Ehre des Klägers gefordert werden wollen.[2] Dem wäre indessen Widerspruch entgegenzusetzen. Denn ein solches feierliches Gutachten über die Ehrenhaftigkeit eines Menschen wäre schon deshalb undenkbar, weil das Gericht dazu schlechterdings außerstande ist.

[1] Vgl. auch Binding, Die Ehre und ihre Verletzbarkeit 19 ff.; Friedmann, Recht der Wahrheit 25; Liepmann, D.J.Z. 11 934; von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 460. Daß die — scil. erzwungene — eigene Kundgebung des Beleidigers wirksamer sei als die richterliche Feststellung — Helfritz, Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages 2 248, — läßt sich wohl kaum behaupten. So auch die weit überwiegende Meinung des Juristentages auf Referat von Träger; vgl. Zeitschr. f. Str.R.Wiss. 27 114 f., Gerichtssaal 70 46 ff.

[2] Vgl. Preuß. A.L.R. II 20 § 595: „Wer die Ehre eines anderen vorsätzlich angegriffen hat, dem soll sein verübter Unfug von dem Richter, in Gegenwart des Beleidigten oder dessen Bevollmächtigten, feierlich und nachdrücklich verwiesen, die Ehre des Beleidigten für ungekränkt öffentlich erklärt (und demselben über die Verhandlung, auf Kosten des Beleidigers, eine gerichtliche Ausfertigung erteilt) werden."

Kann das Gericht auch bestimmte, von einem anderen behauptete Tatsachen als unrichtig bezeichnen, so kann doch unmöglich damit eine positive Attestierung der Ehrenhaftigkeit verbunden werden, weil die Vorwurfslosigkeit des Verhaltens in concreto keinen Schluß auf die Gesamtpersönlichkeit ergibt. Auch wer eine ihm nachgesagte Halsabschneiderei nicht begangen hat, kann eben doch ein vollendeter Lump sein. Und wie sollte das Gericht imstande sein, Herz und Nieren des Klägers zu prüfen?

Eine andere Verstärkung des rechtlichen Schutzes für den Beleidigten ist tatsächlich vorgeschlagen worden; sie soll darin bestehen, daß dem Beleidiger durch Richterspruch verboten werden soll, die als falsch festgestellte Tatsache in Zukunft wiederholt zu behaupten[1] — also eine impositio silentii. Allein ein solches Verbot wäre eine bloße Solennität ohne sachlichen Wert; denn die Wiederholung der ehrenrührigen Behauptung braucht ja nicht erst durch den Richter verboten zu werden, sie ist vielmehr gesetzlich verboten,[2] und das wird der Beleidiger schwerlich verkennen, er wird sich vielmehr selbst sagen, daß die Wiederholung ihn straffällig machen würde. Wo aber eine Belehrung des Beleidigers etwa am Platze erscheinen sollte, da wird ein Richter, der seine Aufgabe recht erfaßt, die Gelegenheit der Publikation des Urteils zu einer Verwarnung pro futuro benutzen — gerade so, wie dem etwa wegen Verjährung Freigesprochenen oder dem wegen Strafantragsmangels mit einem blauen Auge Davonkommenden häufig der gute Rat: „Aber tun Sie es nicht wieder" mit auf den Weg gegeben wird.[3]

## § 3.

### 2. Das Andenken eines Toten.

Wie der Lebende, so ist aber auch der Tote im Ehrenpunkte schutzbedürftig. Zwar nicht, als sollte dem Toten eine Ehre im Rechtssinne zugesprochen werden, was die herrschende Meinung mit Recht ablehnt. Aber was bei dem jetzt Verstorbenen zu seinen Lebzeiten der gute Name war, das verwandelt sich mit dem Tode — mit gewissen Verschiebungen — in das Interesse der Angehörigen

[1] Köhler, Reformfragen des Strafrechts 75; Kohler, Goltd. Arch. 47 115; Friedmann, Recht der Wahrheit S. 26.

[2] Die impositio silentii bei den gemeinrechtlichen Provokationsklagen bedeutete mehr, nämlich Rechtsverlustigung, die eben erst kraft des Provokationsprozesses eintrat, nicht schon ex lege gegeben war.

[3] Übrigens würde der Schutz gegen künftige üble Nachrede als gegen eine unerlaubte Handlung in Anknüpfung an B.G.B. § 824 auf dem Gebiete des Zivilrechts seine Erledigung zu finden haben. Vgl. Kohler, Goltd. Arch. 47 154, 116.

am guten Namen, am Andenken des Toten; aus dem Interesse an der restitutio famae wird das Interesse an der restitutio memoriae.

Es muß deshalb eine Prozedur pro proclamanda veritate auch da vom Rechte gewährt werden, wo dieses Andenken unter einer falschen ehrenrührigen Behauptung leidet,[1] und zwar unangesehen, ob diese Behauptung bei Lebzeiten des Betroffenen oder nach seinem Tode aufgestellt worden ist.

## § 4.

### 3. Die Gesundheit.

Mehr und mehr häufen sich die Stimmen aus dem psychiatrischen Lager, die es beklagen, daß die Strafverfolgung ohne Klarstellung der Sachlage endigt, wenn der Beschuldigte geisteskrank ist.[2] Der rein formale Abschluß der Strafverfolgung sei für den Geisteskranken oft ein Übel; durch das Offenbleiben der Frage, was er getan, werde er andauernd beunruhigt, und seine Genesung werde so ins Ungewisse gestellt, weil ein ständiger Quell der Erregung fortfließe, er auch das Gefühl ihm widerfahrender Rechtsverweigerung habe.

Nun ist es jedenfalls unangängig, hier psychiatrischen Wünschen gemäß dadurch Remedur zu schaffen, daß über die Geisteskrankheit hinweg dem Strafprozeß Fortgang gegeben und namentlich eine Hauptverhandlung mit dem geisteskranken Angeklagten abgehalten wird.[3] Denn der Satz, daß die höchstpersönliche Verantwortung für

---

[1] Vgl. Friedmann, Recht der Wahrheit S. 47 Anm. 44; Liepmann, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 347; Kriegsmann, Schweizer. Ztschr. f. Strafr. 20 120.

[2] Kreuser in den Jurist.-psychiatr. Grenzfragen Bd. 3 Heft 6/7 S. 8 ff.; Aschaffenburg, Gerichtsärztliche Wünsche mit Rücksicht auf die bevorstehende Neubearbeitung der Strafgesetzgebung f. d. Deutsche Reich, S.-A. aus dem offiziellen Bericht der 3. (Danziger) Hauptversammlung des deutschen Medizinalbeamtenvereins (1904) S. 77 f.

[3] Mitunter wird von irrenärztlicher Seite aus dem „kann" in § 203 St.P.O. gefolgert, daß schon nach heutigem Recht eine Durchführung des Strafprozesses gegen den Geisteskranken statthaft sei, und daran der Wunsch geknüpft, es möchten die Gerichte von der Befugnis, das Verfahren vorläufig einzustellen, nur da Gebrauch machen, wo der ärztliche Sachverständige dies für opportun halte; in der Regel solle dagegen das Hauptverfahren eröffnet werden und Hauptverhandlung abgehalten werden. So Kreuser a. a. O. Nun ist es richtig, daß der Beschluß auf vorläufige Einstellung nicht obligatorisch ist. Wird auch der Meinung nicht beizupflichten sein, daß die neben der Möglichkeit der vorläufigen Einstellung gegebene andere Alternative die definitive Einstellung sei — Bennecke-Beling, Lehrb. S. 496 Anm. 6 —, wird vielmehr der Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses als diese andere Alternative zu denken sein, so bedeutet das noch nicht, daß das eröffnete Hauptverfahren zu einer Hauptverhandlung gegen den Geisteskranken gedeihen könne; die Hauptverhandlung hat eben ihre eigenen rechtlichen Voraussetzungen, insbesondere die der prozessualen

den Schuldbeweis nicht entbehrt werden kann, ist für den Strafprozeß zu fundamental, als daß man ihn beiseite setzen könnte.[1] Die Hauptverhandlung wäre imgrunde nur eine Komödie, die in Täuschung des geisteskranken Angeklagten vorgenommen würde; in ihr ernsthaft eine Verurteilung auszusprechen, würde kaum denkbar sein; aber auch die Freisprechung würde eigentlich eine solche in den Wind sein, wäre doch stets die Möglichkeit gegeben, daß der Angeklagte nur durch seine Geisteskrankheit veranlaßt war, ein Geständnis nicht abzulegen.

Dem psychiatrischen Postulat läßt sich aber genügen, ohne daß der Strafprozeß zu dem Zwecke der Heilung des Kranken, wozu er ja eben doch nicht da ist, gemißbraucht wird: man kann eine Prozedur vornehmen, die, ohne im Geringsten auf einen Ausspruch über den Strafanspruch, also die Rechtsfolgen, abzuzielen, Klarstellung, soweit sie nach der Sachlage möglich ist, bringt und damit ad interim die Angelegenheit aus der Welt schafft. Wiederum ist es die Aufdeckung des Sachverhalts als solchen, die indiziert erscheint, und die den Selbstzweck des Verfahrens bildet.

## § 5.

### 4. Sonstige Interessen.

Weiter kann die Behauptung gewagt, wenn auch nicht strikt bewiesen werden, daß auch im bürgerlichen Rechtsverkehr Situationen vorkommen, die nach einer autoritativen Untersuchung und Klarstellung von Tatsachen und doch auch nur nach einer solchen verlangen.

1. Häufig genug wird sich eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" ausschließlich darum drehen, ob eine rechtlich relevante Tatsache wahr sei, so daß den Parteien eine Streitabsicht gänzlich fernliegen würde, sofern nur über diese Tatsache Gewißheit bestünde.[2] Heute werden hier die Parteien durch das Gesetz auf den Weg des Zivilprozesses in dem Sinne gedrängt, daß sie um den Anspruch selbst

Handlungsfähigkeit des Angeklagten. Ist doch auch gegen einen Abwesenden der Eröffnungsbeschluß statthaft, die Hauptverhandlung regulär unstatthaft.

So auch die gemeine Meinung, vgl. z. B. Löwe-Hellweg 20a zu Buch 2 Abschn. 1; Schanz, Jurist.-psychiatr. Grenzfr. Bd. 3 Heft 6/7 S. 39; nur wird mitunter, so auch vom Reichsgericht (E. 1 149, 29 324, R. 1 242), — aber gewiß unzutreffend, vgl. v. Feilitzsch in Goltd. Arch. 45 409 — angenommen, daß gewisse Arten geistiger Störung die Verhandlungsfähigkeit unberührt ließen, und hier eine Hauptverhandlung zulässig sei.

[1] Daß ihn das englische Recht beiseite setzt — Weidlich, Englische Strafprozeßpraxis, S. 14 Anm. * — beweist nur wieder, wie sehr das „fair trial", dessen sich der englische Strafprozeß so gerne rühmt, hohler Schall ist.

[2] Darauf weist auch Auerbach in der D.J.Z. 12 653 hin.

streiten müssen, d. h. der Kläger muß eine Entscheidung über den Anspruch begehren, wo doch eine solche unnötig ist, weil der Beklagte dem Anspruch alsogleich zu genügen bereit ist, sobald das Sachverhältnis geklärt ist. Wie wenig hier Zweck und Mittel im rechten Verhältnis zueinander stehen, das lehrt die nicht seltene Erscheinung, daß nach der Beweisaufnahme der Kläger die Klage fallen läßt, oder der Beklagte dem Anspruch genügt, sogar, daß die Parteien von allem Anfang an solche Umbiegung des Prozeßausgangs anstrebten. Weshalb hier das Gesetz dazu zwingt, die Rechts- und die Subsumtionsfrage, die außer Streit sind, dennoch zur richterlichen Kognition zu verstellen, ist unerfindlich; Kraftaufwand und Interesse stehen nicht in Proportion zueinander. Ganz besonders darf hier daran erinnert werden, daß den Kaufmann oft genug die Rücksicht auf sein Renommee nötigt, zu prozessieren, wiewohl es ihm auf die zu zahlende Summe gar nicht ankommt. Ist er in eine Differenz über ein paar Mark gekommen, so wird es ihm oft sehr erwünscht sein, die Weiterungen eines Zivilprozesses zu vermeiden und den kleinen Betrag in den Rauchfang zu schreiben, und doch dabei nicht als derjenige zu erscheinen, der im Unrecht ist. Er hat beispielsweise tadellose Ware geliefert und möchte dies autoritativ festgestellt sehen, um im Geschäftsleben nicht an Kredit zu verlieren, während ihm an der Verurteilung des Schuldners schon deshalb nichts liegt, weil dieser nichts hat. Heute aber hat er nur die Wahl, die Klage wegen des Anspruchs durchzuführen und damit unnötige Kosten (Entscheidungsgebühr usw.) auflaufen zu lassen, sich womöglich dem Vorwurf der Knickrigkeit auszusetzen, oder aber stillzuschweigen und damit der Mißdeutung Raum zu geben, als habe er tatsächlich mangelhafte Ware geliefert. Soll die rechte Ökonomie obwalten, so muß für solche Fälle eine Prozedur bereitgestellt sein, die weiter nichts bezweckt als die Klärung des einzigen Streitpunktes, auf den es ankommt.

Ähnlich steht es da, wo zwei Rechtssubjekte über die Höhe eines entstandenen Schadens uneinig, darüber aber, daß der eine dem anderen schadensersatzpflichtig ist, d'accord sind. Hier muß nach geltendem Recht der Anspruchsberechtigte einen Vollzivilprozeß um die Differenz der beiderseitig behaupteten Summen führen, während doch die Feststellung der Verpflichtung als solcher und gar die Kondemnation entbehrlich sind, die behördliche pronunciatio über die Tatsache, daß der Schaden so und so viel betragen habe, dem Bedürfnis völlig genügen würde.

Wenn die Z.P.O. eine selbständige Prozeßführung über Tatsachen nicht zuläßt, so ist dies theoretisch ganz richtig gedacht. Auch ist unzweifelhaft im Interesse des Gerichts wie in dem des Beklagten geboten, Klagen zu verhindern, durch die der Kläger eine Rechts-

streitigkeit derart zersplittern möchte, daß Dutzende von Prozessen, ein jeder über eine der relevanten Tatsachen, an die Stelle des einheitlichen Zivilprozesses treten. Aber das Gesetz hat dabei doch auf der anderen Seite die Fälle vergessen, in denen es sich gar nicht um Vervielfachung der Prozesse nach Lust und Laune des Klägers, sondern im Gegenteil um Vereinfachung und Beschränkung des Prozessierens aus derartigen triftigen Gründen, wie sie vorstehend erörtert sind, handelt.

Einem Teil der einschlägigen Fälle trägt die Z.P.O. seit der Novelle von 1898 dadurch Rechnung, daß sie für Feststellung der Mängel einer Sache oder eines Werks oder des Zustands eines Gutes eine „Sicherung des Beweises" zuläßt. § 488 Z.P.O. lautet:

> Die — scil. sichernde, außerhalb eines anhängigen Prozesses liegende — Beweisaufnahme kann, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 485 — d. i. Besorgnis des Verlusts von Beweismitteln oder der Erschwerung ihrer Benutzung — vorliegen, beantragt werden, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll, oder wenn der Zustand eines Gutes festzustellen ist, für dessen Beweis ein Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer zu sorgen verpflichtet ist.
>
> Hat der Erwerber einer Sache dem Veräußerer einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt, so kann auch der Veräußerer die Beweisaufnahme nach Maßgabe des Abs. 1 beantragen. In gleicher Weise ist der Unternehmer eines Werkes zu dem Antrage berechtigt, wenn der Besteller ihm einen Mangel angezeigt oder die Abnahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert hat.

Nun ist aber leicht zu sehen, daß es sich hier in Wahrheit gar nicht um bloße „Sicherung" eines Beweises, sondern einfach um Führung des Beweises handelt. Anders als bei der echten probatio in aeternam rei memoriam wird hier nicht ein einzelnes Beweismittel, bevor es zugrunde geht oder seine Benutzbarkeit sich verringert, ausgenutzt, sondern es wird ein bestimmtes thema probandum einer Beweiserhebung unter Heranziehung aller beliebigen Beweismittel unterworfen. Dadurch wird die Prozedur pro proclamanda veritate in Wahrheit verselbständigt: das Verfahren ex § 488 ist einfach ein Prozeß um die Tatsache, den das Gesetz nur fehlerhafterweise nicht in seiner selbständigen Prozeßnatur erkannt hat.

Daß es sich um streitige Tatsachen handeln muß, ergibt sich im Falle des § 488 II deutlich aus dem Gesetz selber; aber auch das Verfahren nach § 488 I hat offenbar nur Sinn bei dem Ausblick auf

den künftigen Rechtsstreit und der Abhängigkeit der Entscheidung in diesem von der Mangelhaftigkeit der Sache, so daß eben diese Tatsache selber als vom Streit mitergriffen zu denken ist.[1]

So rückt die Sachlage, auf die der § 488 zugeschnitten ist, nahe heran an die Sachlage, in der die Echtheit einer Urkunde streitig ist. Sowie nun in letzterem Falle eine Prozeßführung um die Echtheit der Urkunde rechtlich statthaft ist, so sollte auch in den Fällen des § 488 Entsprechendes gelten. Denn was hat die Echtheit einer Urkunde vor anderen rechtlich relevanten Tatsachen voraus?

Daß § 488 nicht eine glückliche Lösung des in ihm behandelten Problems darstellt, erhellt namentlich nach folgenden Richtungen hin:

Einmal erscheint die Beweisaufnahme lediglich als ein vorweggenommenes Stück des nachfolgenden Prozesses. Wie aber nun, wenn ihr Ausfall gerade die Sachlage so scharf beleuchtet, daß um ihretwillen der Prozeß unterbleibt? Wie, wenn es den Parteien gerade darauf ankam, den Prozeß zu vermeiden für den Fall, daß die Beweisaufnahme genügend Klarheit schaffe? Erscheint alsdann nicht die ganze Prozedur als falsch eingefädelt?[2]

Dieses mehr theoretische Bedenken gewinnt praktische Bedeutung namentlich hinsichtlich der Kostenfrage. Sie sollte billigerweise dahin geregelt sein, daß schon der Abschluß der Beweisaufnahme ein Definitivum ergäbe; statt dessen bleibt aber die Kostenfrage in der Schwebe — möglicherweise für immer, wenn nämlich keine Rechtsstreitigkeit nachfolgt, so daß hinsichtlich der Kosten private Übereinkunft oder neue Klage dazwischen treten muß, was unnötige Umständlichkeiten und eventuell neuen Streit schafft.[3]

Sodann aber fehlt dem Verfahren ex § 488 im Grunde der Schlußstein: der behördliche Ausspruch über den Ausfall der Beweisauf-

---

[1] Nicht hierher zu ziehen sind die Fälle, in denen nach Bürgerlichem Recht jemand „den Zustand oder den Wert einer Sache durch Sachverständige feststellen lassen kann", vgl. B.G.B. §§ 1034, 1067, 1093, 1372, 1439, 1528, 1550, 2122. Bei ihnen handelt es sich nicht sowohl um Aufklärung über einen streitigen Zustand oder Wert der Sache, als vielmehr um eine reine Vorsichtsmaßregel behufs Verhütung künftiger Bestreitung. Deshalb ist auch die Feststellung stets auf Kosten des Antragstellers vorzunehmen. Wenn F.G.G. § 164 hier den Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit eröffnet, so ist das ganz in Ordnung; es handelt sich um eine rechtspolizeiliche Tätigkeit, wie sie eben zur jurisdictio voluntaria gehört. Anders Gaupp-Stein I zu § 488, der einen eingreifenden Unterschied zwischen den Fällen des § 488 Z.P.O. und denen des § 164 F.G.G. leugnet.

[2] Deshalb erscheint mir der Vorschlag Auerbachs D.J.Z. 12 652, die Bestimmungen über Sicherung des Beweises dahin zu erweitern, daß jedermann befugt sein soll, Zeugen oder Sachverständige über Tatsachen, die für eine beabsichtigte Prozeßführung präjudiziell sind, durch den Amtsrichter vernehmen zu lassen, als deplaziert.

[3] Vgl. Gaupp-Stein II vor § 485.

nahme. Ganz natürlich, weil eben das Verfahren im Gesetz nur als antezipierter Teil des kommenden Prozesses gedacht ist. Aber gerade der gerichtliche Ausspruch wird den Parteien oft von entscheidendem Werte sein. Wer durch einen solchen in Ansehung seiner Auffassung über die tatsächliche Sachlage Unrecht bekommen hat, wird häufig auch dann geneigt sein, klein beizugeben, wenn die Beweisaufnahme selber seiner Meinung nach kein zweifelsfreies Ergebnis gehabt hat. Weshalb macht sich die Prozeßordnung diese Möglichkeit nicht zunutze?

2. Schließlich kann es auch Fälle geben, wo nach Durchführung eines Zivilprozesses die Sachlage derart ungeklärt bleibt, daß die Parteien noch immer unbefriedigt sind. Ein solches Ergebnis stellt sich namentlich bei der Eventualaufrechnung ein, wenn man der „Klageabweisungstheorie" huldigt. Diese Theorie geht von dem richtigen Satze aus, daß der Ausgang des Prozesses besiegelt ist, sobald die Notwendigkeit der Abweisung des Klägers feststeht, und es nicht die Aufgabe des Prozesses ist, über die Entscheidungsgründe als solche zu entscheiden. Wenn man dem gegenüber versucht hat, die „Abweisung wegen Nichtbegründetseins der Forderung" und die „Abweisung wegen Entgegenstehens der Gegenforderung" als zwei verschiedenartige Urteilsinhalte auseinanderzuhalten, so kann diese Konstruktion, wie den Anhängern der Klageabweisungstheorie zuzugeben ist, nicht Stich halten, weil dabei die Negation des Klageanspruchs, die doch eine identische ist, nach ihren — eben nicht den Gegenstand der Entscheidung bildenden — Gründen auseinandergelegt wird. Und doch ist das Ergebnis, zu dem die Klageabweisungstheorie gelangt, sehr unerfreulich, weil bei ihrer Zugrundelegung der Prozeß fast ausgeht wie das Hornberger Schießen; die „Beweiserhebungstheorie" ist unzweifelhaft die der Billigkeit entsprechendere. Es soll nun hier ununtersucht bleiben, ob man nicht zu befriedigenden Resultaten dadurch gelangen kann, daß man dem Parteiwillen größere Bedeutung beilegt, insofern man die nur eventuelle Parteianführung mit der Kraft ausgestattet denkt, den Richter zu einer Prüfung und Erledigung der prinzipalen Anführung (bezw. Bestreitung) vor Eingehen auf die Eventualanführung zu nötigen.[1]

[1] Mir scheint, daß die Verhandlungsmaxime in Verbindung mit dem unverkennbaren Parteiinteresse solche Lösung verlangt. Das „eventuell" ist im Sinne der Partei sicher dahin zu interpretieren: die Anführung solle solange, als ihr schon die prinzipale Anführung dienlich sei, als nicht geschehen angesehen werden und erst mit dem Augenblick, in dem jene sich als unstichhaltig erweise, am Horizont auftauchen. Natürlich muß hierbei das Problem für Eventualanführungen aller Art gleichbehandelt werden. Ich würde z. B. auch eine Abweisung der Klage, die mit Rücksicht auf einen Eventual-Zahlungseinwand unter Beiseitestellung der Frage nach dem Entstandensein der Forderung ausgesprochen wird, für unstatthaft halten.

Jedenfalls ist überall da, wo sich das Gericht auf den Standpunkt der Klagabweisungstheorie stellt, ein Teil des Prozeßstoffs ungewürdigt in der Hand geblieben. Hilfe tut dringend not: sie würde nach der Richtung hin erbracht werden können, daß dem Interessenten freigestellt würde, nach der Klagabweisung einen autoritativen Ausspruch über den Sachverhalt als solchen zu begehren.

## § 6.

### Der zu eröffnende Rechtsschutzweg.

Aller Wahrscheinlichkeit nach ist die Reihe der Fälle, in denen für den Privaten[1] eine behördliche Tatsachenfeststellung von Wert ist, die der sich die Maske der Wahrheit anmaßenden Unwahrheit den Kopf zertritt, mit den bisher aufgeführten nicht erschöpft. Wie dem aber auch sei, jedenfalls ist das Bedürfnis nach einem Rechtsschutz, wie er heute fehlt, unverkennbar[2], „Rechtsschutz" natürlich nicht verstanden als „Schutz von subjektiven Rechten", — denn das „Recht auf Wahrheit" spottet juristischer Bindung — wohl aber als rechtlicher, vom objektiven Recht zu gewährender Schutz.

Diesem Bedürfnis wird nun jedenfalls nur ein unter staatlicher Autorität vor sich gehendes Verfahren gerecht. Wohl wird durchweg Prorogation auf ein schiedsrichterliches Verfahren den streitenden Teilen offenstehen müssen, und man kann nur wünschen, daß die Idee der Unterwerfung unter Schiedsspruch speziell in Ehrenhändeln mehr und mehr Fuß fasse.[3] Aber einzig den Weg des Kompromisses

[1] Über Tatsachenfeststellungsprozedur im öffentlichen Interesse siehe unten S. 48.

[2] Gegen einen Prozeß um Tatsachen spricht sich Rud. Leonhard, De natura actionis quae praejudicialis vocatur p. 67 aus, indem er das Interesse des Beklagten daran hervorhebt, nicht behelligt zu werden, soweit es sich nicht um eine Inanspruchnahme wegen rechtlicher Verbindlichkeiten handle. („Priusquam actiones datae sint, judicem aliquem, qui nihil debet, actione perturbare et de jure sive obligatione ejus, quae nondum existunt, quaerendo quasi subito opprimere posse, non mihi videtur accommodatum libertati privatorum, quae in jure privato suprema lex est"). Aber der Unannehmlichkeit für den Beklagten, einen Prozeß gegen sich ertragen zu müssen, steht die Unannehmlichkeit für den Gegner, durch die falsche Behauptung des Beklagten in wichtigen Interessen bedroht zu sein, jedenfalls in den oben erörterten Fällen als die schwerer wiegende entgegen. Übrigens scheint Leonhard auch nur der Erstreckung des Zivilprozesses auf einen Streit über Tatsachen (und noch dazu über beliebige Tatsachen) entgegentreten zu wollen, worin ihm (siehe unten) vollständig beizupflichten ist.

[3] Ehrenschiedsgerichte hat die deutsche Anti-Duell-Liga vorgeschlagen, vgl. Beilage zu No. 7 der D.J.Z. 10 S. 4, 9.

Eine gewisse Verwandtschaft damit weisen die von Burlage vorgeschlagenen „Friedensvereine" auf, vgl. Burlage, Friedensvereine zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten 1907, und in der D.J.Z. 12 313.

eröffnen hieße in wohl den meisten Fällen den Interessenten schutzlos machen, da sich der Gegner eben nicht immer zum Kompromiß bereit finden lassen würde.[1]

Auch die Einsetzung unechter Schiedsgerichte, das will sagen nichtstaatlicher, aber auch ohne und gegen den Willen des Gegners anrufbarer, also mit einer Art behördlicher Macht bekleideter Stellen, würde dem Bedürfnis nur unvollkommen genügen. Es ist vorgeschlagen worden, für Ehrenhändel derartige Stellen, Ehrengerichte, zu schaffen, die in standesgenossen(pärs-)schaftlichem Sinne einzurichten wären, vornehmlich, um demjenigen, dem eine Anrufung der Gerichte widerstrebt, zu ermöglichen, auf anständige Weise die Sache ohne Duell zu erledigen.[2]

Es mag sein, daß solche Ehrengerichte ihr Gutes haben würden. Aber sie würden kaum über die Kreise hinaus, in denen der Zweikampf eingewurzelt ist, Bedeutung entfalten.[3] Und selbst in diesen Kreisen würden sie mehr dem immerhin verschiedenen Interesse einer Inschutznahme durch die Standesgenossen, als dem hier in Rede stehenden Interesse an Klarstellung eines bestimmten Sachverhalts dienen; auch soweit sie eine eingehende Beweisaufnahme vornähmen und würdigten, würde ihrem Spruch gerade der Mangel staatlicher Hoheit anhaften, und jener würde damit für die Kreise, die den Ehrengerichten kein Verständnis entgegenbringen würden, des nötigen Nachdrucks entbehren. Der Wirkungskreis dieser Ehrengerichte würde sich somit in der Hauptsache von selbst beschränken auf die formalen Beleidigungen nach § 185 St.G.B. so, daß das Ehrengericht zu Gericht darüber säße, ob eine abfällige Beurteilung des Verhaltens eines anderen zutreffend oder beleidigend gewesen sei. Auch liegt bei solchen Prozeduren der Nachdruck zu stark auf der Seite einer Sühneverhandlung. Eine staatliche Prozedur pro proclamanda veritate wäre daneben nicht zu entbehren.[4]

---

[1] Noch viel weniger geht es natürlich an, den Schutzbedürftigen auf seine eigenen privaten Kräfte zu verweisen, etwa darauf, daß er sich der Presse bediene. Es wird ja in zahlreichen Fällen gerade gelten, eine bestehende „öffentliche Meinung" zu erschüttern. Das wird ihm aber dadurch, daß er Broschüren veröffentlicht oder in die Spalten einer Zeitung flüchtet, nicht immer gelingen. Und selbst wenn er eine Zeitung findet, die ihrerseits seine Interessen wahrnimmt, wird ihm damit nur unvollkommen gedient sein.

[2] So die österreichische Anti-Duell-Liga, vgl. Klein und Lammasch, Die Verbesserung des Ehrenschutzes; Liepmann, Duell und Ehre S. 51. Gegen Abgeordnete schlägt von Bar, Redefreiheit der Mitglieder gesetzgebender Versammlungen 45 ff., parlamentarische Ehrengerichte vor.

[3] Vgl. Graf Dohna, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 26 560.

[4] Wohl um in das ehrengerichtliche Verfahren die staatliche Autorität hineinzulegen, hat die Deutsche Anti-Duell-Liga die Angliederung der Ehrengerichte an die

Die Frage kann nur sein, vor welchen Staatsbehörden und in welcher Weise der Schutz zu gewähren ist.

Nun wird von vornherein klar sein, daß die Tatsachenfeststellung in den hier in Rede stehenden Fällen jedenfalls Justizsache sein muß. Von den Aufgaben der Verwaltung liegt sie schon deshalb weit ab, weil sie nur dem privaten Interesse dient.

Innerhalb der Justiz könnte zunächst die freiwillige Gerichtsbarkeit als der Platz in Frage kommen, an dem das Aufklärungsverfahren unterzubringen wäre. Mit dem Begriff der prozeßrichterlichen Tätigkeit könnte vielleicht manchem die eigentliche juristische, d. i. Rechtssätze im Wege der Subsumtion handhabende Tätigkeit derart innig verwoben erscheinen, daß es eine Zumutung wäre, den Prozeßrichter zur reinen Tatsachenfeststellung zu benutzen. Und für die jurisdictio voluntaria könnte vielleicht die instrumentierende Tätigkeit zu sprechen scheinen, die dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon heute zufällt, und mit der die Klärung von tatsächlichen Sachlagen vielleicht eine gewisse Ähnlichkeit bietet; könnte vielleicht noch mehr der § 164 F.G.G. zu sprechen scheinen, der gewisse selbständige Beweiserhebungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuspricht.

Allein die freiwillige Gerichtsbarkeit darf jedenfalls nicht als Ablagerungsstätte für alles mögliche aufgefaßt werden. Sie dient und soll dienen der Hilfe zur Verhütung künftiger möglicher Unklarheiten und Streitigkeiten. In diesem Rahmen bewegt sich denn

---

Landgerichte und die Mitwirkung von zwei Berufsrichtern in Vorschlag gebracht („Kammern für Ehrensachen"), Beilage zur D.J.Z. 10 No. 7 S. 2, 8, zustimmend Liepmann, Monatsschrift f. Krim.Psychol. u. Strafrechtsreform 2 129. Aber damit entzieht die Liga gerade der Idee den Boden. Die Liga betont selbst in der Begründung ihres Gesetzentwurfs (S. 8 a. a. O.), daß die Streitenden sich eben scheuen, das staatliche Gericht in Ehrenhändeln anzurufen. Das würde aber schwerlich dadurch anders werden, daß Laien mit im staatlichen Gericht säßen. Denn jene Scheu gründet sich viel weniger darauf, daß — wie die Liga meint — die Juristen von Ehrensachen nichts verstünden, als darauf, daß viele die Heraufbeschwörung eines Strafprozesses als solchen perhorreszieren (vgl. dazu auch oben S. 10 ff.), in letzter Linie auch darauf, daß nun einmal die üble Auffassung besteht, dem Manne zieme es nicht, sich Hilfe von Dritten zu erbitten. Vor einer „Unterschätzung der werbenden Kraft der Duellsitte" und einer „Überschätzung juristischer Machtmittel" warnt mit Recht Liepmann, Duell und Ehre S. 30 ff. Übrigens soll nach den Anträgen der Anti-Duell-Liga das Ehrengericht einfach an die Stelle des sonst zuständigen Gerichts in dem Sinne treten, daß Beleidigungen nur qua Strafsachen dorthin gehören, das Urteil also ein strafprozessuales ist und nur die Besonderheit trägt, daß eventuell in den Urteilsgründen ausdrücklich die Unehrenhaftigkeit des Verhaltens des Schuldigen festgestellt wird und eventuell das Gericht von einer Bestrafung soll absehen und sich auf Schuldigsprechung soll beschränken können. Dadurch schrumpft die Bedeutung des Antrags noch mehr zusammen, vgl. oben S. 10.

auch sowohl die Aufnahme von Urkunden, wie die Beweiserhebung im Sinne des § 164 F.G.G.[1] In den hier interessierenden Fällen handelt es sich aber um einen regelrechten Parteienstreit, um eine „contentio", und zu dessen Abstellung empfiehlt sich schon deshalb der Prozeßweg, weil damit den Interessen der Beteiligten besser gedient ist.

Wohl wird in vielen Fällen schon die bloße Ausbreitung der Beweise, bei der die Behörde nur eine mehr vermittelnde Tätigkeit entfaltet, der Partei genügen; und insoweit möchte in der Tat wohl die Darleihung der richterlichen Autorität ganz ähnlich sein wie die Hilfe, die der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Privaten bei rechtsgeschäftlichem Handeln prästiert. Ganz regelmäßig wird es aber den Parteien auf das den Beweisvorgang beurteilende Wort des Richters ankommen; erst dieses krönt das Verfahren. Dieser Ausspruch aber ist „richtende Entscheidungstätigkeit", erfolgt er doch auf Grund einer Beweiswürdigung, bei der doch auch oft genug juristische Fragen (über Berechtigung einer Zeugnisweigerung usw.) zu lösen sind, eventuell auf Grund einer schlußfolgernden Abschätzung von Indizienbeweisen.

Dazu kommt, daß auch die sog. reine Tatsachenfeststellung oft genug wertende Elemente in sich tragen wird: ob eine Ware „mangelhaft" war, ob der Kläger, der wegen übler Nachrede klagt, „schuldhaft" gehandelt hat usw. Solche Feststellungen bleiben Tatsachenfeststellungen, solange nicht über eingetretene Rechtsfolgen ein Ausspruch gefällt wird, und doch haben sie wahren „Entscheidungs"-gehalt, werden auch häufig der regelrechten juristischen Subsumtionstätigkeit nicht entbehren.[2]

Gehören somit die Prozeduren pro proclamanda veritate auf den Prozeßweg, so scheinen sie prima facie ihre natürliche Unterkunft im Zivilprozeß zu finden.[3] Denn Zivilprozesse um Tatsachen würden kein völliges novum sein, läßt doch § 256 Z.P.O. eine Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde

[1] Siehe oben S. 19 Anm. 1..

[2] Ich verkenne nicht, daß zwischen einer einfachen Tatsachenfeststellung — etwa daß die Wände eines Hauses Feuchtigkeit enthalten — und einer die Tatsache in eine juristische Beleuchtung rückenden Feststellung ein Unterschied besteht, und eine Feststellung der letzteren Art der urteilsmäßigen Feststellung im Rechtsstreit nahe steht. Aber das Wesentliche ist, daß das Rechtsstreiturteil juristische Konsequenzen für Rechtsfolgen zieht, während die Feststellung einer Tatsache auch da, wo sie die Tatssache als Voraussetzung für möglicherweise bestehende Rechtsfolgen würdigt, die Rechtsfolgen als solche beiseite läßt.

[3] So schlägt Köhler Reformfragen des Strafrechts 75 für alle Fälle der Behauptung unwahrer herabsetzender Tatsachen eine Zivilklage auf Feststellung ihrer Unwahrheit und auf Verbot der Wiederholung der Behauptung vor.

zu.[1] [2] Auch erinnert die Provokation eines bestreitenden Gegners zur Hervorholung seiner Beweise, wie sie der Tatsachenfeststellungsklage eignet, einigermaßen an die gemeinrechtliche provocatio ex lege Diffamari, die ja Zivilprozeßcharakter trug, mehr noch an die provocatio ad probandum, die manche gemeinrechtliche Juristen gegen Verleumdung zulassen wollten.[3]

Und doch wäre eine Lösung des Problems in der Weise, daß der Tatsachenfeststellungsstreit den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als zivilprozessualischer Prozeßgegenstand hinzugefügt würde, dringend zu widerraten. Schon die Urkundenfeststellungsklage stellt einen höchst unbequemen, die Zivilprozeßtheorie unnötig erschwerenden Auswuchs dar. Man stolpert über sie schon, wenn es gilt, den Begriff des Zivilprozesses zu definieren. Sie fügt sich nicht organisch

[1] Daß die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde eine Tatsache ist, ist wohl heute nicht kontrovers. Die scheinbar abweichende Auffassung von KLEINFELLER, Krit. Vierteljahresschr. 35 540, vgl. Lehrbuch S. 264: Feststellung der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde sei Feststellung des prozessualen Rechts, die Echtheit bestreiten oder die Einrede der Unechtheit mit Erfolg vorschützen zu dürfen, verstehe ich dahin, daß sich „Tatsache und subjektives Recht" die Hand reichen. Die Frage kann nur sein, ob sich der Prozeß um die Tatsache oder um das von KLEINFELLER supponierte Recht dreht. In dieser Hinsicht freilich wird man sich mit der h. M. gegen KLEINFELLER (vgl. auch WACH, Handb. 1 13 Anm. 2, Feststellungsanspruch S. 48 Anm. 1) zu erklären haben: „Die Beweisfrage ist (bei der Urkundenfeststellungsklage) Selbstzweck des Prozesses"; GAUPP-STEIN II 2 zu § 256 bei Anm. 37.

Ähnliches wie hinsichtlich der Konstruktion KLEINFELLERS gilt hinsichtlich derjenigen HELLMANNS in JHERINGS Jahrbüchern 31 108: die Urkundenfeststellungsklage sei eine Unterart der Rechtsverhältnisfeststellungsklage; auch hier soll wohl weniger die Tatsacheneigenschaft der Urkundenechtheit oder -Unechtheit geleugnet, als vielmehr die gleichzeitige Streitigkeit eines als der eigentliche Prozeßgegenstand gedachten Rechtsverhältnisses behauptet sein.

[2] Erinnert sei hier übrigens auch an die praejudicia des römischen Rechts, die dem Zweck der Feststellung einer Tatsache dienten (vgl. KELLER-WACH, Röm. Zivilprozeß [6] § 38; PLANCK, Lehrb. 2 16; WENDT, Arch. f. zivilist. Praxis 70 6 ff.; RUD. LEONHARD, Zeitschr. f. Zivilpr. 15 342), freilich wohl nur einer Tatsache in rechtlicher Beleuchtung (vgl. RUD. LEONHARD, De natura actionis quae praejudicialis vocatur p. 34: Praejudicium est judicis imploratio ad quaestionem *juris* judicandam, cujus formula condemnatione carebat; vgl. das. § 7 p. 59: De praejudiciis, quibus de nudis factis agitur). Über gemeinrechtliche Präjudizialklagen wegen Feststellung eines status civilis oder auch — was streitig — eines status naturalis (Geschlecht, Alter, Leibes- und Seelenkräfte) vgl. J. H. BÖHMER, Doctrina de actionibus II 1 §§ 2, ff; J. SCHMIDT, Prakt. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden [9] §§ 245 ff.; BRINZ, Pandekten [2] 1 293 (mit weiteren Zitaten).

[3] Vgl. GLÜCK, Komm. 6 486; WETZELL, Syst. des ordentl. Zivilproz. 3 110; RENAUD, Lehrb. des gem. deutschen Zivilprozeßrechts S. 117 Anm. 12; MUTHER in BEKKER und MUTHER, Jahrbuch des gem. dtsch. R. 2 152 ff.

in das Ganze des Zivilprozesses ein. Braucht doch die Urkunde, um deren Echtheit es sich handelt, keine zivilrechtlich bedeutsame zu sein; und braucht doch nicht einmal das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts zu liegen.[1] Wo aber der zivilistische Hintergrund völlig fehlen kann, da erweist sich der Weg des Zivilprozesses gewiß als von vornherein ungeeignet.[2]

Und wie wenig Streitigkeiten um reine Tatsachen nach den Sätzen der Z.P.O. behandelt werden können, das erhellt aus den vielfältigen Schwierigkeiten, die sich für die Urkundenfeststellungsklage erheben, wenn es gilt, auf sie die Sätze über Klagegrund, Klageänderung, Passivlegitimation zur Sache, Anerkenntnis, Verzicht, Rechtskraft usw. anzuwenden. Überall stellt sich diese Klage der abgerundeten und in sich geschlossenen Gestaltung der Zivilprozeßinstitute hinderlich entgegen.

Ganz unpassend ist für einen Prozeß pro proclamanda veritate vor allem die zivilprozessuale Verhandlungsmaxime. Daß kraft Geständnisses oder (Versäumnisfall!) fingierten Geständnisses oder kraft Nichtbehauptung Unwahres als wahr behandelt, wahre Tatsachen ignoriert werden, hat im Zivilprozeß seinen guten Grund: es handelt sich hier um Fixierung von Rechtsfolgen, und solche können sehr wohl auch da sanktioniert werden, wo ihre tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorliegen; die Disposition über die Tatsachen ist bedeutsam nur als indirekte Disposition über die rechtlichen Beziehungen.

Wo sich ein Streit dagegen gerade darum dreht, ob eine Tatsache wahr sei, da heißt es die Dinge auf den Kopf stellen, wenn man die Parteidisposition über das zu würdigende Material zuläßt. Ein von der Verhandlungsmaxime beeinflußter richterlicher Ausspruch über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache ist nahezu wertlos.[3] Wer

[1] Die Autoren, die dies bestreiten, lassen sich offenbar von dem Bestreben leiten, die Zivilprozeßnatur der Urkundenfeststellungsklage plausibel zu machen; das Gesetz steht ihnen aber gewiß entgegen.

[2] Deshalb ist Gaupp-Stein II 2 zu § 256 nicht zuzugeben, daß durch das Erfordernis des rechtlichen Interesses dafür gesorgt sei, daß diese Tatsachenfeststellung nicht aus dem Rahmen der allgemeinen Zwecke des Zivilprozesses heraustrete. Die Ausführungen bei Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 181 ff., dürften, sowenig sie dies auch bezwecken, dartun, wie schwer es fällt, Tatsachenprozesse dem Zivilprozeß zu inkorporieren.

Bei dieser Widerspenstigkeit der Urkundenfeststellungsklage ist es erklärlich, daß sie sich bei allem der Feststellungsklage zugewandten Interesse einer entschiedenen Ungunst in der zivilprozessualischen Literatur zu erfreuen hat.

[3] Hinsichtlich des Rufreparationsprozesses zutreffend betont von Helfritz, Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages 2 258; Friedmann, Recht der Wahrheit 29, 30; von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 462.

wird z. B. Gewicht auf ein Versäumnisurteil legen, durch das eine Urkunde als echt festgestellt wurde? Eine Tatsachenfiktion hat Sinn im Rahmen eines Zivilprozesses, wo man mittels ihrer zu Rechtsregelungen gelangt; für sich verselbständigt ist sie ein Nichts.

So kann also von einer Erweiterung des § 256 Z.P.O. auf alle Tatsachenprozesse so wenig die Rede sein, daß vielmehr umgekehrt die gänzliche Wegschneidung der zivilprozessualen Urkundenfeststellungsklage als eines künstlichen Gliedes im Organismus des Zivilprozesses gefordert werden muß. Besteht für sie ein Bedürfnis, so ist sie vielmehr da unterzubringen, wo die Klage wegen übler Nachrede usw., kurz der Tatsachenprozeß überhaupt, untergebracht wird.[1]

Schließlich mag noch geltend gemacht werden, daß Prozeduren, wie der Rufreparationsprozeß, ihrem inneren Wesen nach in der Ziviljustiz nur lästig empfunden werden müßten.[2]

Daß für die Prozeduren pro proclamanda veritate aber auch der Strafprozeß nicht die rechte Stätte sein würde,[3] liegt auf der Hand. Die Interessen, die zur Klageerhebung auf Feststellung einer Tatsache veranlassen, sind ja eben gerade nicht strafprozessuale. Jemanden als „Beschuldigten" rein um deswillen auf die Anklagebank zu stellen, weil er eine Tatsache bestreitet, hat geradezu etwas Anstößiges an sich.[4]

Bedeutsam wird die scharfe Trennung des bloßen Tatsachenprozesses vom Strafprozeß namentlich da, wo die vom Kläger angefoch-

[1] Übrigens kann füglich bezweifelt werden, ob der Urkundenfeststellungsprozeß wirklich dem Leben und nicht bloß der Theorie angehört. Die Reichsjustizstatistik enthält leider keine Rubrik, aus der sich die Häufigkeit derartiger Prozesse ersehen ließe.

[2] Vgl. Rud. Leonhard, Der Schutz der Ehre im alten Rom S. 33, der richtig betont, daß sich Beleidigungsfälle nicht zu einem Zivilverfahren eignen. Anders Kuhlenbeck im „Recht" 11 484.

[3] Überweisung der Rufreparationsprozedur an den Strafprozeß befürwortete Friedmann, Recht der Wahrheit S. 29; sowie Liepmann auf dem 28. deutschen Juristentage, vgl. Gerichtssaal 70 52. Dagegen mit Recht von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 462.

[4] Denn die Bestreitung einer Tatsache ist an sich kein Delikt, und wo sie es nach den konkreten Umständen ist, da bleibt ihre Deliktsnatur eben da außer Betracht, wo es dem Gegner lediglich um die Tatsachenaufhellung, nicht um die Deliktsfolgen zu tun ist.

Für die gemeinrechtliche provocatio ex lege Diffamari hat Muther, Bekkers und Muthers Jahrbuch des gem. dtsch. R. 2 97 ff., 123 ff., 135 ff., versucht, die Berühmung mit einem Anspruch als ein zwischen der injuria und dem damnum injuria datum stehendes Delikt, die impositio silentii (Verlust der Freiheit, die Klage wegen des Anspruchs anstellen zu können) als Strafe, die Diffamationsklage als actio poenalis zu konstruieren. Gegen ihn Wetzell, Syst. des ordentl. Zivilproz.[3] S. 106 Anm. 36. Vgl. auch Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm 206 f.

tene Behauptung des Beklagten als strafbare Handlung erscheint, der Beklagte aber wegen dieser seiner Äußerung strafrechtlich exemt ist. Der Abgeordnete kann sich aus materiellstrafrechtlichem Grunde — R.Vf. Art. 30, St.G.B. § 11 — jeden Strafprozeß wegen einer in Ausübung des Berufs getanen Äußerung verbitten, also namentlich auch da, wo er faktisch die gröbsten Unwahrheiten über einen andern behauptet hat. Das Abgeordnetenprivileg darf aber wahrlich nicht soweit gehen, daß es zur Verschüttung der Wahrheit führt und Dritte in ihrer Ehre gegenüber den Abgeordneten schutzlos macht;[1] ein Prozeß pro proclamanda veritate muß gegen ihn zulässig sein; er „zieht ihn" nicht „zur Verantwortung" und bedroht die Redefreiheit und seine persönliche staatsrechtliche Stellung nicht im geringsten.[2] Aber natürlich sollte es auch schon äußerlich scharf zum Ausdruck kommen, daß man ihn nicht vor den Strafrichter in einen Strafprozeß zitiert, wenn man nur die Sache aufklären will. Es wäre auch zu befürchten, daß sich die Volksvertretung an der Benennung des Verfahrens als „Strafprozeß" stoßen könnte, und an dieser an sich ja nicht hauptsächlichen Frage die so notwendige Reform scheitern könnte.[3]

---

[1] Vgl. Binding, Handb. 1 680, Grundr. d. St.Pr.R.[5] § 113 II; Kissling, Unverantwortlichkeit der Abgeordneten[2] 21, 31; Friedmann, Recht der Wahrheit S. 33; Derselbe, Vorschläge zur Umgestaltung des österr. Preßrechts S. 182; Liepmann, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 373.

[2] Die bekannte Streitfrage, ob das Gericht im Strafprozeß gegen einen anderen zum Zwecke der Aufrechnung von Beleidigungen die Feststellung treffen könne, daß dieser von dem beleidigten Abgeordneten auch seinerseits unter den Voraussetzungen des § 199 St.G.B. beleidigt worden sei, ist sicher mit Binding, Handb. 1 676 Anm. 14 gegen das Reichsgericht E. 4 14, in bejahendem Sinne zu entscheiden.

[3] Schon deshalb wird man auch die Konstruktion der Klage als einer (positiven) „kriminellen Feststellungsklage", gerichtet auf richterliche Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz ohne Auswerfung einer Strafe (Liepmann, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 373; Binding, Handb. 1 680), zu vermeiden haben. Übrigens wäre auch die Vorstellung, daß der Richter gegen den Abgeordneten das Bestehen eines Strafanspruchs feststellen könnte (das würde die „kriminelle Feststellung" doch bedeuten), irrig; denn kraft des Strafausschließungsgrundes ex St.G.B. § 11, R. Verf. Art. 30 besteht gegen den Abgeordneten eben kein Strafanspruch; demnach ist auch von „Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz" nur in dem Sinne zu reden möglich, daß die Tat an sich unter das Strafgesetz zu subsumieren sein würde. Es könnte die „kriminelle Feststellungsklage" demnach nur als Seitenstück zu der Urkundenfeststellungsklage, nicht zu der Rechtsverhältnisfeststellungsklage des § 256 Z.P.O. aufgefaßt werden — denn ein bestehendes Strafrechtsverhältnis kann ja eben nicht behauptet werden. So wenig aber die Urkundenfeststellungsklage echten zivilprozessualen Charakter, so wenig hätte die reine Deliktsfeststellungsklage echten strafprozessualen Charakter.

Da, wo der Kläger eine ihn verdächtigende Behauptung des Beklagten um deswillen entkräften will, um den dadurch auf ihn gefallenen Verdacht einer strafbaren Handlung zu beseitigen, wo also die strittige Tatsache, wenn sie wahr wäre, den Tatbestand einer strafbaren Handlung des Klägers ausmachen würde, ließ sich an eine sich in den Rahmen des Strafprozesses einfügende negative Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens eines Strafanspruchs gegen den Kläger, denken.[1] Aber wozu eine solche Klage, wenn der Strafklageberechtigte gar nicht Miene macht, den Strafanspruch zu realisieren? Wird doch dann für den Verdächtigten die Frage seiner Strafbarkeit oder Bestrafung überhaupt nicht praktisch. Sein Interesse ist ja dann nicht auf Feststellung der Unstraflichkeit als der Rechtsfolge, sondern auf die Sachlageklärung als solche konzentriert. Man dränge doch den Streit nicht in falsche Bahnen![2]

[1] Verwandt mit der provocatio ad accusandum sive probandum des gemeinen Kriminalprozesses wegen Verleumdung (diffamatio criminalis); vgl. WETZELL, Syst. des ordentl. Zivilproz.[3] S. 110 bei Anm. 50; MUTHER in BEKKER und MUTHER, Jahrbuch des gem. dtsch. R. 2 152 ff.

[2] In anderer Hinsicht hat HERMANN SEUFFERT, Wörterbuch des Verwaltungsrechts 2 256, § 7 a. E. s. v. „Polizeiaufsicht" eine Einführung der negativen Feststellungsklage nach dem Muster von § 256 Z.P.O. in die St.P.O. befürwortet. Er hebt hervor, daß nach geltendem Recht der durch die Landespolizeibehörde unter Polizeiaufsicht Gestellte, wenn er die Rechtsgültigkeit dieses Verwaltungsakts oder einzelner darauf basierender Maßregeln bestreitet, eine richterliche Entscheidung nur dadurch provozieren kann, daß er die Polizeiaufsicht bricht und sich geflissentlich einen Strafprozeß nach St.G.B. § 361 [1] zuzieht. Das ist in der Tat ein Mißstand; es sollte eine richterliche Kontrollinstanz offen stehen. Nur wird diese nach heutigem Verwaltungsrecht kaum eine andere als eine verwaltungsrichterliche sein können. Jedenfalls aber scheidet dieses Problem hier aus, da es sich um eine echte Rechtsstreitigkeit, nicht eine Tatsachenstreitigkeit, handelt.

Wenn SEUFFERT daneben a. a. O., sowie Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland S. 25 generalisierend beklagt, daß heute „der vom Privatmann so ehrlich und ernsthaft wie von seiner gegnerischen Behörde erhobene Streit über eine Verpflichtung oder Berechtigung des ersteren vielfach in die Strafinstanz gelegt ist, mit der Folge, daß der Privatmann Strafe leiden muß, wenn er im Irrtum war und infolgedessen unterliegt"; wenn er hierin einen „Mißbrauch und eine Abnutzung der Strafeinrichtung" findet, „die in den Zeiten kindlicher und roher Rechtsbildung ertragen werden können, weil die Einsicht in das Wesen von Unrecht und Strafe noch nicht genügend ausgebildet ist", die aber — als „Fehlgänge der Rechtsbildung und Rechtspflege" — „dringend Abhilfe erheischen, sobald sie als solche erkannt sind", — so berühren sich diese Gedankengänge sehr nahe mit den unten S. 48 ff. eingeschlagenen. Nur wird hier, wie unten zu zeigen, die Abhilfe dadurch zu erfolgen haben, daß statt der hierbei von SEUFFERT intendierten positiven Strafanspruchs-Feststellungsklage die reine Sachverhalts-Feststellungsklage gewährt wird.

Was aber vor allem gegen beide im bisherigen Recht ausgeprägten Prozeßgattungen — gegen den Zivil- wie gegen den Strafprozeß — spricht, das ist

1. die Notwendigkeit, die Exemtionen von der Gerichtsbarkeit anders, und zwar enger, zu ziehen als bei der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit.[1]

Wenn es den Gerichten verwehrt ist, gewisse Klassen von Personen zu zivil- oder strafrechtlicher Verantwortung vor ihr Forum zu ziehen, so hat das regelmäßig seinen Grund darin, daß diese Personen gegen autoritative Entscheidung über ihre rechtliche Position sichergestellt sein sollen. Ihnen weitergehend Schutz auch dagegen zu gewähren, daß Tatsachen aufgedeckt werden, und die Wahrheit ans Licht gebracht wird, wird in der Regel nicht veranlaßt sein. Denn weshalb soll ihnen zuliebe ein anderer ungerecht unter dem falschen Schein zu leiden haben? Wenn z. B. ein fremder Gesandter seinen Diener mit der Beschuldigung entlassen hat, dieser habe ihn bestohlen, soll dann der Diener kraft Rechtens dazu verurteilt sein, den Vorwurf auf sich sitzen lassen? Das Privileg der Exterrialitorität will nach seiner ratio ausgelegt sein, diese aber geht gewiß nicht dahin, den Exterritorialen in allen seinen Behauptungen vor einer Widerlegung zu schützen! Ist doch der Exterritoriale auch in einem von ihm selbst angestrengten Zivilprozeß, einem von ihm gegen einen anderen heraufbeschworenen Strafprozeß, derartiger Bloßstellung von Rechtswegen ausgesetzt. Sosehr der Exterritoriale vor Staatshoheitsakten sicher sein muß, die seine Rechtssphäre beeinflussen, so wenig darf dem Aufenthaltsstaat die rein gedankliche Beurteilung von Tatsachen, die er leugnet, verwehrt sein. Das Prototyp der Exterritorialität, die diplomatische Gerichtsfreiheit, will alle Hemmnisse an voller Bewegungsfreiheit und unerschrockener Wahrnehmung der Interessen des Absendestaats hintanhalten;[2] Reprobation der Behauptungen des Gesandten stellt aber keine Beeinträchtigung dieser Bewegungsfreiheit dar. Und was für die diplomatische Exterritorialität gilt, das muß auch für die ihr lediglich nachgebildeten weiteren Exterritorialitätsfälle, die fürstliche, die halbdiplomatische usw. Exterritorialität gelten. Jedenfalls läßt sich ein bestehender völkerrechtlicher Satz, der den Exterritorialen auch gegen reine Tatsachenfeststellungsprozeduren schützte, schwerlich behaupten.

Ähnlich steht es mit dem strafprozessualen Privileg der Abgeordneten. Der Schutz, den sie in Ansehung der Strafgerichtsbarkeit genießen (R.Verf. Art. 31, E.St.P.O. § 6), hätte nicht im Tatsachen-

[1] Zutreffend betont von Liepmann, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländ. Strafrechts 4 373.

[2] Vgl. meine Strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität S. 48ff.

klärungsprozesse entsprechende Anwendung zu finden, so wenig wie im heutigen Recht der Abgeordnete einer Zivilklage gegenüber geschützt ist.

Bei Landesherren und Mitgliedern der landesherrlichen und ihnen gleichgestellten Familien wäre freilich hausgesetzliche Regelung maßgebend. Sachgemäß würde es aber sein, wenn die Hausgesetze dem Tatsachenklärungsprozeß gegen Landesherren usw. freie Bahn eröffneten. Sowie die Billigkeitsforderung in den Hausgesetzen anerkannt ist, daß in vermögensrechtlichen Streitigkeiten Dritte nicht rechtsschutzlos sein sollen, so wäre auch der Billigkeitsforderung Rechnung zu tragen, daß ihr mit Rücksicht auf ihren guten Namen usw. bestehendes Aufklärungsinteresse nicht an der erhabenen Stellung dessen, der Unwahres behauptet hat, scheitern darf.

2. Weiter müßte sich der Prozeß pro proclamanda veritate im Punkte der Rechtskraft scharf abheben vom Zivil- wie vom Strafprozeß.

Wo eine rechtliche Beziehung durch das Urteil festgelegt wird, da kann und muß grundsätzlich des Streitens ein Ende sein; denn es handelt sich um die Konsequenzen aus Tatsachen, um die künftige Rechtslage, die nicht in der Schwebe bleiben darf. Wo dagegen der richterliche Ausspruch lediglich eine Tatsache für wahr erklärt, da muß echte Rechtskraft ausgeschlossen sein wie ja auch im Zivil- und im Strafprozeß die Tatsachenfeststellungen als solche nicht in Rechtskraft erwachsen.[1] Denn der Welt der Tatsachen gegenüber ist der Staat machtlos; er hat ja doch die Wahrheit und deren Erkenntnis nicht gepachtet. Keine noch so autoritative Äußerung über eine Tatsache macht die Tatsache wahr. Auch die offiziellste Abstempelung einer Tatsache als richtig kann widerlegender Geschichtsforschung — dies Wort im weitesten Sinne genommen — nicht präjudizieren; auch sie ist reine Meinungsäußerung und als solche Stückwerk wie alles menschliche Wissen. Der Richter ist als Priester der Wahrheit eben nicht mit einem besonderen Charisma gesalbt. Neue bessere Erkenntnis kann und darf nicht verschränkt sein; man käme sonst zu einem staatlichen syllabus errorum, zu einem gerade wahrheitsfeindlichen Beharrungszustande, während doch das Wahrheitsbedürfnis es ist, dem die Prozedur dienen soll.

Würde sich der richterliche Ausspruch Unfehlbarkeit beilegen, so würde sich der Tatsachenklärungsprozeß, statt ein Vehikel pro veritate zu sein, zu einer Gefährdung der Wahrheit auswachsen; denn ist der Schade schon schlimm genug, wenn eine unwahre Tatsache mit dem täuschenden Schein der Wahrheit auftritt, so wäre

[1] Daß dem feststellenden Erkenntnis Rechtskraft beigelegt werde, fordert von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 461.

der Schade noch viel größer, wenn der Richter diesem Schein erlegen wäre und er die Unwahrheit für alle Zeit unumstößlich mit der Devise besiegeln wollte: Roma locuta est, causa finita.

Liegt ja doch auch der Wert der richterlichen Feststellung in den von selbst eintretenden Folgen: nicht zwar darin, daß fortan jeder Ungläubige durch den Richterspruch überzeugt wäre; wohl aber in dem erlösenden Wort als solchem mit seinen psychologischen Folgen: darin, daß weite Kreise regulär ihre Auffassung dem Richterspruch anpassen werden, der Gegner weiteren Bestreitens müde wird, daß sich (in dem oben S. 15 genannten Falle) der Geisteskranke beruhigt usw.

Eine Ausstattung des Richterspruchs mit der Wirkung, daß dem bisher Bestreitenden aeternum silentium auferlegt, würde über das Ziel hinausschießen. Kann er doch möglicherweise die Tatsachen besser kennen! Es wäre unerträgliche Orthodoxie, wollte der Staat dem Wissen und dem Glauben kommandieren.

Sondern ein Abgetansein der Sache ist nur in dem Sinne möglich, daß eine neue Klage über dasselbe Beweisthema nur bei Auftauchen neuer Beweismittel oder substanziierter Beanstandung der Beweisaufnahmeprozedur zulässig ist. Der richterliche Ausspruch wird also mit resolutiv bedingter Rechtskraft zu bekleiden sein, ähnlich wie der Beschluß auf Nichteröffnung des Hauptverfahrens nach §§ 202, 210 St.P.O.[1]

Ebenso würde in einem späteren Zivil- oder Strafprozeß die festgestellte Tatsache eben auch nur so lange als richtig zu behandeln sein, als die alte Beweisgrundlage unverändert bleibt;[2] neue Beweismittel müßten unverschränkt sein, ebenso die substanziierte Beanstandung der vormaligen Beweisaufnahme selber.

Jedenfalls könnte naturgemäß das Endergebnis der Prozeßführung nur eine Rechtskraft rebus sic stantibus salva meliore cognitione, eine Interimsrechtskraft, eine Interimswahrheit sein.

Auch noch in einer zweiten Hinsicht müßte die „Rechtskraft" des Tatsachen feststellenden Urteils ganz auf ihre eigenen Füße gestellt werden. Während nämlich da, wo sich das Urteil, wie im Zivil- und im Strafprozeß, auf die Regelung von Rechtsangelegenheiten bezieht, notwendig von dem Satze auszugehen ist, daß res judicata nur inter partes jus facit, weil die Prozeßführung aliis neque nocere neque prodesse potest, eine Erstreckung der Urteilswirkungen auf dritte daher stets besonderer Gründe bedarf und als Ausnahme erscheint,

[1] Soweit die Tatsachenfeststellung juristische Wertungen in sich schloß, oben S. 24, müssen natürlich auch solche nova jederzeit geltend gemacht werden können, die die juristische Wertung zu erschüttern geeignet sind. Über die Anfechtung der Tatsachenfeststellung lediglich im Punkte der Wertung als solchen siehe unten S. 45.

[2] Im Zivilprozeß überdies kraft der Verhandlungsmaxime nur soweit, als sich die Partei dieser alten Beweisgrundlage bedient.

muß eine Tatsachenfeststellung notwendig inter omnes wirken.[1] Denn eine und dieselbe Tatsache kann nur entweder wahr oder unwahr sein, sie kann nicht im Verhältnis des A zu B wahr, im Verhältnis des A zu C unwahr sein.

Die Wirkungen der richterlichen Tatsachenfeststellung entspringen eben nicht der Prozeßführung als solchen, sondern (in Verbindung damit, daß im Prozeß keine Verhandlungsmaxime gilt[2]) dem Gewicht des richterlichen Glaubens und Wissens. Deshalb kann auch da, wo eine neue Partei in Frage steht, sei es in einem neuen Tatsachenfeststellungsprozeß, sei es in einem Zivil- oder Strafprozeß, die Tatsachenfeststellung nicht ignoriert werden. Daß dabei der Dritte keinen Schaden erleidet, umgekehrt auch die alte Partei ihm gegenüber nicht durch ein ihr ungünstiges Urteil des ersten Tatsachenprozesses benachteiligt ist, ergibt sich ohne weiteres aus dem Interimscharakter der Rechtskraft dieses Urteils; denn selbstverständlich ist auch in einem Prozeß inter alias personas so gut wie inter easdem personas[3] eine Erschütterung der Grundlagen statthaft, die die „rechtskräftige" Feststellung tragen; der Satz: Res inter alios judicatas nullum aliis praejudicium facere erleidet also keineswegs Abbruch.

Die im vorstehenden beleuchteten sehr wichtigen Charakteristika sind es denn auch, die um alle Fälle einer Prozeßführung um Tatsachen, sie möge der existimatio, der memoria mortui, der Gesundung oder sonstigen Interessen dienen, das einigende Band schlingen. So sehr diese Zwecke auseinanderstreben, so sehr kommen alle Aufklärungsprozeduren in ihrem wesentlichen juristischen Gehalt überein, und das berechtigt dazu, sie zusammenzufassen geradeso, wie ja auch der Zivilprozeß den verschiedenartigsten Ansprüchen dienen kann und dennoch nur einer ist.[4]

Schon deshalb wäre auch dem etwa zu gewärtigenden Vorschlage, die Tatsachenprozeduren aufzuteilen, und zwar so, daß diejenigen im Sinne der §§ 2—4 dem Strafprozeß, diejenigen im Sinne des § 5 dem Zivilprozeß eingegliedert würden, keine Folge zu geben, ganz abgesehen davon, daß bei solcher Regelung die fehlerhafte und zu Schwierigkeiten führende Verschweißung von reinen Tatsachenfeststellungsprozeduren mit echten Rechtsprozessen verdoppelt auftreten würde.

[1] Zutreffend von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländ. Strafrechts 4 462.

[2] Vgl. Friedmann, Recht der Wahrheit S. 30. [3] Siehe oben S. 32.

[4] Sollten im Verfahren Differenzierungen erforderlich sein, so könnten diese ohne Preisgabe des gemeinsamen Begriffs des „Prozesses um Tatsachen" mit Leichtigkeit normiert werden, wie ja auch z. B. das zivilprozessuale Verfahren in Ehesachen besonders geregelt ist, ohne daß dadurch der einheitliche Begriff des Zivilprozesses gesprengt würde.

Demnach hätte sich zu dem Zivil- und dem Strafprozeß eine neue Prozeßgattung zu gesellen, zu jenen „Rechtsvergewisserungsoperationen" eine den Charakter eines selbständigen Prozesses tragende „Tatsachenvergewisserungsoperation". Es wäre eine actio gesetzlich anzuerkennen, die weder eine actio civilis noch eine actio criminalis wäre, nicht gerichtet auf einen Ausspruch darüber, „was Rechtens sei", sondern einen Ausspruch darüber, „was Tatsache sei".[1] Eine solche Rechtsentwicklung hätte nichts Verwunderliches. Wenn ursprünglich es einen einzigen gemeinsamen Prozeß für alle Händel zwischen Rechtssubjekten gab, wenn sich dann später Zivilprozeß und Strafprozeß schieden, dann im weiteren Verlaufe eine Herausbildung des Verwaltungsprozesses erfolgte, — warum soll fortschreitende Entwicklung nicht zu noch feineren Verzweigungen des Rechtsschutzes führen?

Für die neue Prozeßgattung den rechten Namen zu finden, wird vielleicht schwer sein. Von „Feststellungsprozessen" oder „Konstatierungsprozessen" zu sprechen, wäre nicht prägnant genug, da ja auch Ansprüche „festgestellt" werden, auch Verwechselungen mit der Feststellungsklage nach § 256 Z.P.O. zu befürchten wären. „Tatsachenfeststellungsprozeß" wäre als terminus technicus ein allzu schleppender Ausdruck. „Beweiserhebungsprozeß" oder „schlichter Beweisprozeß" würde nur auf den Vorgang der Beweisehebungr, nicht auf den richterlichen Ausspruch hindeuten, die Prozedur auch nicht genügend abheben gegen die Beweisaufnahmeverfahren, die im Rahmen eines Zivil- oder Strafprozesses vor sich gehen. „Ermittelungsprozeß" ließe der Konfundierung mit dem strafprozessualen vorbereitenden Verfahren, gemeiniglich Ermittelungsverfahren genannt, Raum. „Objektives Verfahren"[2] ist ein Ausdruck, der im Strafprozeß schon für das Verfahren auf Einziehung usw. im Sinne der §§ 477 ff. St.P.O. gebräuchlich ist, sich übrigens seiner Farblosigkeit halber nicht empfiehlt.

Einstweilen mag die Prozedur mit dem Namen des „Informativprozesses" belegt werden, da sie ja eben auf Information über eine Sachlage abzielt.[3] Tut doch auch der Name schließlich wenig zur Sache!

---

[1] Es ist bezeichnend, wie Helfritz bei der von ihm proponierten Klage auf Widerruf der Beleidigung hinsichtlich der Unterbringung im Zivil- wie im Strafprozeß Schwierigkeiten hat, Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages 2 256 ff.

Am nächsten berührt sich der im Text gemachte Vorschlag wohl mit demjenigen von Lilienthals, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 462.

[2] Vorgeschlagen für den Rufreparationsprozeß von Friedmann, Vorschläge zur Umgestaltung usw. S. 105, 138 ff.

[3] Ich würde eine deutsche Bezeichnung, etwa „Aufklärungs-" oder „Klarstellungsprozeß", vorziehen, wenn sich annehmen ließe, daß sie sich erkennbar als terminus technicus auswiese. — „Informativ- (Informations)prozeß" ist übrigens ein

Wie wertvoll die neue Prozeßgattung sein würde, wird aus den bisherigen Ausführungen von selbst erhellen: sie paßt den Rechtsschutz exakt einem Bedürfnis an, das im heutigen Recht teils ganz schutzlos ist, teils nur mittelbaren Schutz durch — an sich nicht veranlaßte — Zivil- und Strafprozeßführung genießt.

Und gerade da, wo die Möglichkeit besteht, indirekt die Tatsachenfeststellung durch einen Zivil- oder Strafprozeß herbeizuführen, erweist sich der Informativprozeß als das geeignete Mittel, um solche Prozesse überhaupt abzuschneiden.[1] Dies gilt besonders von dem Rufreparationsprozeß. Sicher greifen heute zahlreiche Beleidigte nur deshalb zur Privatklage wegen übler Nachrede oder Verleumdung, weil sie, wiewohl ihnen die Bestrafung des Gegners herzlich gleichgültig ist, kein anderes Mittel zu ihrer Ehrenrettung haben.[2] Ja noch mehr: Manchem wird der Gedanke, den Gegner zur Bestrafung bringen zu sollen, geradezu odiös sein, besonders weil irgendwelche verwandtschaftlichen Beziehungen bestehen, oder weil er es verabscheut, als rachsüchtig zu erscheinen. Hier ist heute ein wahrer „Notstand" vorhanden: der Beleidigte ist mitteninne gestellt zwischen zwei Übel: die Erhebung der Strafklage einerseits, die Preisgabe der Rufreparation andererseits. Aber auch da, wo es sich um Klarstellung von Tatsachen handelt, die zivilrechtlich relevant sind, empfiehlt sich der Informativprozeß durch die Aussicht, die er gewährt, ohne Rechtsstreitigkeit durch ein einfaches Verfahren die disceptatio im Keime zu ersticken,[3] ein Gewinn, der nicht gering einzuschätzen ist.

Die Informativklage dient somit dem Rechtsfrieden!

## § 7.

### Skizzierung des Informativprozesses.

Um den Informativprozeß in allen Einzelheiten zweckentsprechend einzurichten, dazu werden erst die praktischen Erfahrungen das ge-

schon im katholischen Kirchenrecht (bei Bischofswahl, Heiligsprechung) vorkommender Ausdruck, ohne daß er dort freilich mit einem „Prozeß" im wahren Sinne etwas zu tun hätte. —

Logisch am prägnantesten wäre die Bezeichnung „Erkenntnisprozeß", zielt doch das Verfahren auf Erkenntnis der Wahrheit ab; aber die juristische Terminologie hat leider den Ausdruck „Erkenntnis" schon in ganz anderem Sinne in Beschlag genommen = Urteil (zu vergleichen auch „Erkenntnisverfahren" im Gegensatz zum Zwangsvollstreckungsverfahren).

[1] Gegen unnötige Prozesse mit Recht Burlage, Friedensvereine zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten (1907), sowie in der Deutschen Juristenzeitung 12 313.

[2] Daher auch die nicht seltene Erscheinung, daß die Strafklage oder der Strafantrag zurückgenommen wird, sobald die Beweisaufnahme zugunsten des Beleidigten ausgefallen ist, oder daß der Beleidigte um ein mildes Urteil gegen seinen Widersacher bittet u. dgl. Vgl. Friedmann, Recht der Wahrheit S. 27. [3] Vgl. oben S. 16 ff.

nügende Material liefern müssen. Es ist auch nicht meine Absicht, hier umfassende Vorschläge zu machen; sie würden verfrüht sein, solange nicht überhaupt der Grundgedanke selber grundsätzliche Zustimmung gefunden hat. Nur um das Bild eines Informativprozesses wie er sich nach meiner Auffassung ungefähr zu gestalten hätte, in großen Strichen zu zeichnen, sei es gestattet, einige Fragen von größerer Tragweite hier herauszugreifen.

1. Die wohl wichtigste Frage wäre die: Auf Feststellung welcher Tatsachen soll im Informativprozesse geklagt werden können?[1]

Denn daß hier eine sorgfältige Umzäunung geboten ist, ist klar, wenn anders man nicht dem Mißbrauch Tür und Tor öffnen will. Der sich langweilende Privatier, der zur Kurzweil einmal einem Gericht die Nuß zu knacken geben will, ob sich Kaiser Heinrich IV. in Canossa vor Papst Gregor VII. wirklich gedemütigt habe, müßte mit solcher Feststellungsklage verschlossene Türen finden, geradeso, wie der wißbegierige Provinziale, der aus einem Bierbankstreit Anlaß nimmt, darauf zu klagen, daß Berlin die und die Zahl Einwohner habe.

Andererseits wäre eine Regelung, die kasuistisch nur der oben aufgeführten Fälle (§§ 2—5), gedächte, bloßes Stückwerk; denn über Nacht kann sich ein weiterer des Informativprozesses bedürftiger Fall herausstellen, und dann müßte das schutzbedürftige Interesse einstweilen bis zu der — natürlich erst nach Jahr und Tag zustande kommenden — Gesetzesbesserung darben.

Wie ich meine, ließe sich eine Formel, die die nötige Bestimmtheit mit der ebenso nötigen Elastizität verbindet, recht wohl finden. Sie lautet:

> Auf Feststellung einer Tatsache, an deren Feststellung der Kläger persönlich interessiert ist, kann im Informativprozeß Klage erhoben werden.

[1] „Tatsachen" wäre in der bekannten Weise in Gegensatz zu stellen gegen Rechtsverhältnisse, Rechtssätze, Erfahrungssätze, dogmatische Lehrsätze usw., namentlich würde hier der Gegensatz gegen Rechtsverhältnisse (entgegen dem Sprachgebrauch z. B. von Langheineken Urteilsanspruch S. 131, der die Rechtsverhältnisse als Unterart der „juristischen Tatsachen" faßt) scharf zu betonen sein. Werturteile über eine Tatsache würden als solche nicht Prozeßgegenstand sein können, wohl aber würde, wo sich die Klage auf eine Tatsache bezieht, deren juristische Wertung in den Prozeß einbeziehbar sein, vgl. oben S. 24. — Facta interna werden grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein dürfen, man denke daran, daß der Beklagte dem Kläger ehrenrührige Absichten oder Beweggründe bei einem an sich nicht ehrenrührigen Handeln untergeschoben hat (etwa bei einem Konfessionswechsel die Absicht, einen lukrativeren Kundenkreis zu gewinnen), und dem Kläger daran liegt, zu zeigen, daß seine Absichten usw. durchaus lautere waren. Über den Beweis für facta interna s. unten S. 42.

Diese Formel würde hinausgehen über das Requisit eines „rechtlichen" Interesses an der „alsbaldigen" Feststellung; ein solches würde in der Mehrzahl der hier einschlägigen Fälle eben fehlen; sie würde andererseits zum Ausdruck bringen, daß es sich nur um Tatsachen handeln kann, bei denen ein ernsthaftes Interesse des Klägers auf dem Spiele steht, wie die Ehre, die Pietätsbeziehung zu einem verstorbenen Angehörigen,[1] die Gesundheit, der Kredit, die Ermöglichung der Ersparung eines Zivilprozesses usw.[2]

Das „persönliche" Interesse würde namentlich auch im Gegensatz stehen zu dem Gemeininteresse der Menschheit. So wichtig die großen Fragen der Weltgeschichte sind, so gehört ihre Erörterung und Beantwortung doch nicht in den Gerichtssaal. Das Leben Jesu, die in den Schriften der Jesuiten niedergelegten Lehrmeinungen, politische Vorgänge und Zustände[3] und die treibenden Kräfte, die sie hervorriefen, dürfen nicht von der Themis, sondern müssen von der Geschichtswissenschaft geklärt werden. Und das wird durch die vorgeschlagene Formel erreicht: so intensiv derartige Fragen den denkenden Menschen beschäftigen, so handelt es sich doch bei ihnen um Menschheitsinteressen, nicht um persönliche Interessen des Individuums.

Wohl ist das „persönliche Interesse" immerhin ein Kautschukbegriff; seine Verwertung würde aber ohne Bedenken sein, wenn — wie weiter unten (S. 40 f.) vorgeschlagen wird — schon die Klage nach dieser Richtung hin geprüft und eventuell wegen Mangels des persönlichen Interesses a limine — ohne Verhandlung — zurückgewiesen werden könnte.

---

[1] Denn selbstverständlich ist das Interesse am Andenken des Toten ein „persönliches" Interesse der Hinterbliebenen.

[2] Kaum der Hervorhebung bedarf, daß mit Bezug auf zivilrechtlich relevante Tatsachen (vgl. oben S. 16 ff.) das Feststellungsinteresse überall da zu verneinen wäre, wo nicht Gründe für den Kläger bestehen, den Zivilprozeß unaufgerollt zu lassen. Es kann keine Rede davon sein, daß etwa der Kläger willkürlich die klagebegründende Tatsachen oder gar sukzessiv eine klagebegründende Tatsache nach der anderen durch Sonder-Informativklage zur richterlichen Kognition verstellt. Er muß vielmehr, wenn anders die Informativklage statthaft sein soll, aufzeigen, daß es ihm z. B. auf den Rechtsstreit überhaupt nicht ankommt (oben S. 17), daß die streitenden Teile ihr Verhalten je nach dem Richterspruch über die Tatsache einzurichten gedenken (oben S. 19) u. dgl. Man könnte davon sprechen, daß der Informativprozeß dem Zivilprozeß subsidiär wäre.

Dem Strafprozeß gegenüber könnte dagegen von einer Subsidiarität des Informativprozesses keine Rede sein. Zieht es der Beleidigte vor, lediglich Rufreparation zu betreiben, so kann ihm das um so weniger verwehrt werden, als — vgl. oben S. 10 — er im Strafprozeß in dieser Hinsicht möglicherweise gar nicht auf seine Rechnung kommen würde.

[3] Etwa die gegenwärtigen russischen Zustände.

Wäre hiermit der neu einzuführende Rechtsschutzanspruch in der Richtung des Rechtsschutzbedürfnisses umgrenzt, so würde noch eine weitere Umgrenzung notwendig werden behufs Wahrung von Interessen, die dem Aufklärungsinteresse des Klägers als dieses überwiegende entgegenstehen, mit anderen Worten, es wären die rechtlich anerkannten Geheimsphären gegen die Aufdeckung im Informativprozeß sicherzustellen. Dies in vollem Umfang, soweit es sich um Tatsachen handelt, deren Geheimhaltung im öffentlichen Interesse wurzelt (Staatssicherheit, Landesverteidigung), denn hier hätte das private Aufklärungsinteresse als das schwächere zurückzutreten. Soweit es sich um Tatsachen, deren Sekretierung im privaten Interesse rechtlich anerkannt ist (Fabrikgeheimnis usw.), handelt, müßte im Wege der Interessenwägung festgestellt werden, ob das Geheimhaltungs- oder das Klarlegungsinteresse überwiegt, wobei an die auf dem gleichen Gesichtspunkt beruhenden §§ 383 ff. Z.P.O. anzuknüpfen wäre.[1]

2. Die Klage würde die aufzuhellende Tatsache, das thema probandum, als den Prozeßgegenstand anzugeben haben. Der Klageantrag hätte je nachdem darauf zu lauten, daß eine bestimmte Tatsache festgestellt werde (Mängel eines Werks usw.) — positive Informativklage — oder darauf, daß eine gegnerisch behauptete Tatsache als nicht feststellbar charakterisiert werde (ehrenrührige Behauptungen usw.) — negative Informativklage. Zu erheben wäre die Klage durch Einreichung bei Gericht oder durch Erklärung zu Gerichtsschreiberprotokoll.

3. Als Gegner käme jeder das thema probandum Bestreitende, also bei der positiven Klage der die Tatsache Leugnende, bei der negativen der sie Behauptende, in Betracht.[2] Hinfällig würde die Klage werden, sobald der contradictor seine frühere Auffassungskundgebung ernstlich, klipp und klar, in einer für die Information der Allgemeinheit geeigneten Weise widerruft.[3]

[1] Die „Informativprozeßordnung" würde übrigens geradezu zur sedes materiae geeignet sein für rechtliche Bestimmung über rechtlich gewährleistete Geheimnisse und den Umfang, in dem das Geheimhaltungsinteresse gegenüber sonstigen Interessen zurückzutreten hätte. Es wäre diese ganze Materie ex professo zu regeln und damit der heutige disparate und zum Teil schwankende Rechtszustand zu beseitigen.

[2] Ausgeschlossen wäre eine Klage, die einem erst erwarteten Bestreiten im voraus den Mund stopfen soll. Vgl. Wach, Feststellungsanspruch S. 58; Rud. Leonhard, Ztschr. f. Z.P. 15 348.

„Konkludentes Schweigen", wie es nach der herrschenden Meinung für die Erhebung der zivilprozessualen Feststellungsklage genügt — Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 185 f.; Wach, Feststellungsanspruch S. 58; Leonhard a. a. O., Langheineken, Urteilsanspruch S. 133 usw. —, würde kaum eine Handhabe für die Informativklage bieten dürfen.

[3] Zu denken wäre daran, ob das Gesetz nicht einen „Sühnetermin" vor dem Richter behufs Herbeiführung eines Widerrufs obligatorisch machen sollte. Vgl. Liepmann, D.J.Z. 11 933.

Festzuhalten wäre an dem allgemeinen prozeßrechtlichen Requisit der Prozeßführung contra certam personam. Friedmann befürwortet[1] für den Rufreparationsprozeß auch die Zulassung eines Vorgehens gegen Unbekannt (z. B. wenn die Beleidigung in einem anonymen Schriftstück, dessen Urheber nicht ermittelbar, enthalten sei) oder gegen jedermann. Indessen wird in einem Verfahren, in dem kein Gegner da ist, die Beweiserhebung regelmäßig nur oberflächlich sein — von wo sollen dem Richter die Beweismittel zufließen, die gegen den Antragsteller Beweis liefern würden? Wenn so auf Grund des einseitigen Vorbringens des Antragstellers der Richter Tatsachenfeststellungen trifft, so werden diese daher von problematischem Werte sein;[2] das Verfahren kann höchstens zur Dokumentierung eines Protests des Beleidigten taugen. Ein solches Verfahren hätte auch seine Gefahren. Der durch Behauptung einer wahren ehrenrührigen Tatsache Betroffene könnte irgend einen Toten als Ausstreuer der Behauptung fingieren und hierauf gestützt „gegen Jedermann" klagen, indem er wohlweislich die Klage nicht gegen den ihm bekannten Urheber der Behauptung richtet. Dann würde es ihm ein Leichtes sein, eine obsiegliche Entscheidung zu erstreiten, denn der wahre Gegner wird entweder in Unkenntnis von der Prozedur bleiben oder — wenigstens in vielen Fällen — Scheu tragen, sich ungerufen als Gegner zu stellen.

In jedem Falle könnte daher das Vorgehen „gegen Unbekannt" oder „gegen jedermann" nur in der Form eines Aufgebotsverfahrens[3] mit einer Art Ausschlußurteil praktische Gestaltgewinnen. Aber selbst dann wäre ein wesentlicher Nutzen von der Prozedur nicht zu erwarten. Denn da dem Ausschlußurteil gegenüber eine Beweiserneuerung in noch viel höherem Grade zugelassen sein müßte, als gegenüber einem regelrechten Prozeßurteil,[4] das Ausschlußurteil aber gerade auf einer sehr schmalen Beweisunterlage ruht, da ferner das Ausschlußurteil, eben weil es keine ernsthafte und erschöpfende Untersuchung der Sache zur Grundlage hat, auch die faktischen Wirkungen des prozessualen Informativurteils[5] schwerlich entfalten würde, so würde dem Aufgebotsverfahren eigentlich nur der Charakter einer demonstrativen Kundgebung, wenn nicht der einer reklamehaften Komödie anhaften.

---

[1] Vorschläge zur Umgestaltung usw. S. 107.

[2] Von noch problematischerem, als Versäumnisurteile, für die ja im Informativprozeß auch kein Raum ist, siehe oben S. 26 und unten S. 41 ff.

[3] Ähnlich dem kanonischrechtlichen Verfahren des öffentlichen Aufrufs im Falle der üblen Berüchtigung eines Geistlichen, das gegebenenfalls kraft Reinigungseides des Diffamierten zu einer feierlichen Niederschlagung des Verdachts führte; Wetzell, System des ordentl. Zivilprozesses [3] 105 Anm. 32.

[4] Oben S. 32. Wenn nicht einmal Rechtskraft inter partes, dann darf natürlich erst recht nicht Rechtskraft inter omnes platzgreifen. [5] Oben S. 32.

Es wird also dabei zu verbleiben haben: Kein Informativprozeß ohne konkreten Prozeßgegner. Das germanische Recht nötigte denjenigen, der einen anderen in Not erschlagen hatte, zu einer Art Informativprozeß gegen den Toten: Klage gerichtet darauf, den Toten „des Unrechts zu überführen" (Ssp. II 14).[1] Das heutige Recht wird in solchen und ähnlichen Fällen den üblen Schein als solchen nicht als causa publica einschätzen. Findet sich der Strafklageberechtigte oder ein Zivilklageberechtigter nicht veranlaßt, Deliktsklage zu erheben, und stellt sich niemand ein, der den Täter unerlaubter Tat bezichtigte, so mag die Sache auf sich beruhen bleiben. Kommt doch dazu, daß nach heutigen strafprozessualen Grundsätzen der in Notwehr befindlich Gewesene keinen Exkulpationsbeweis zu führen braucht. Eine Verdachtsreinigungsklage — wie überhaupt jede Informativklage — gegen Tote muß vielmehr sogar dann ausgeschlossen sein, wenn der Tote eine unwahre Behauptung bei Lebzeiten aufgestellt haben sollte. Träte der Todesfall pendente lite ein, so wäre der Prozeß von selbst erledigt, soweit sich nicht ein neuer Beklagter stellte, der sich die Behauptung des Verstorbenen zu eigen machte und in die Rolle des Beklagten einträte.

3. Die Klage[2] wäre bei den ordentlichen Gerichten anzubringen, denn die Beweisaufnahmen sind der Art nach solche, wie sie auch im Rahmen des Zivil- und des Strafprozesses zum täglichen Brot der ordentlichen Gerichte gehören. Anders nur da, wo der Beklagte mit Rücksicht auf seine persönliche Stellung der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugunsten einer Sondergerichtsbarkeit entzogen ist (Mitglieder der landesherrlichen Familien usw.); hier Klage vor dem betreffenden Sondergericht.

Sachlich zuständig, soweit die ordentliche Gerichtsbarkeit platzgriffe: das Landgericht in einer Informativprozeßkammer, die wie die Zivilkammer zu besetzen wäre.

Örtlich zuständig das Gericht, in dem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne der Z.P.O. hat; eventuell daneben Aufstellung besonderer Gerichtsstände (forum der bestreitenden Äußerung usw.).

Durch spezielle Bestimmungen wäre klarzulegen, inwieweit die Privilegien der Gerichtsfreiheit im Informativprozeß Platz zu greifen hätten.[3]

4. Der erhobenen Klage gegenüber wäre unter allen Umständen eine Vorabprüfung des Rechtsschutzbedürfnisses ohne Termin und

---

[1] Vgl. Keller, Der Beweis der Notwehr. Eine rechtshistorische Studie aus dem Sachsenspiegel (1904).

[2] Eröffnung des Informativprozessverfahrens *ex officio* wäre natürlich ausgeschlossen, da es sich um den Schutz privater Interessen handelt. [3] Vgl. oben S. 30 f.

ohne Verhandlung, ein Zulassungsverfahren, am Platze, vor allem um chikanöse Inanspruchnahme des Gerichts zu verhüten. Gegebenenfalls wäre die Klage a limine durch Beschluß zurückzuweisen — denegatio actionis wegen Verhandlungsunwürdigkeit.[1]

Der Beschluß hätte der sofortigen Beschwerde zu unterliegen. Bei formeller Rechtskraft klagezerstörliche Wirkung des Beschlusses.

Bei Zulassung der Klage würde ein — dem Eröffnungsbeschluß des Strafprozesses analoges — formuliertes Dekret nicht zu erlassen, sondern einfach Termin anzuberaumen sein (siehe unten S. 41). Das formulierte Dekret würde nur unnötiges Schreibwerk bedeuten.

5. Für Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, gesetzliche Vertretung und Prozeßvollmacht hätten zivilprozessuale Grundsätze einzugreifen mit der Maßgabe, daß neben dem gesetzlichen Vertreter auch der vertretene Geisteskranke, Jugendliche usw. von den Terminen zu benachrichtigen und in ihnen zum Worte zu verstatten wäre.

Anwaltszwang wäre sachlich nicht vonnöten, da (siehe unten Ziff. 6) der Prozeßbetrieb nicht in den Händen der Parteien zu liegen hätte, Verhandlungsmaxime nicht Platz griffe, und der Prozeßgegenstand seiner Natur nach juristische Verbeistandung der Parteien nicht erheischt.

Zu erwägen wäre nur, ob nicht für die Einreichung der Klage (soweit sie nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt wird) Mitunterzeichnung durch einen Anwalt zu fordern wäre, um noch eine besondere Kautel gegen Mißbrauch zu schaffen (vgl. St.P.O. § 170 II).

6. Wirkung der Klage wäre Befassung des Gerichts mit der umfassenden Untersuchung der Richtigkeit des Klagethemas.[2]

Das Verfahren hätte dabei unter den Grundsätzen des Offizialbetriebs und der strafprozessualen Instruktionsmaxime (Wahrheitserforschung von Amts wegen) zu stehen. Das Gericht würde nicht auf die von den Parteien angebotenen Beweismittel beschränkt sein; Geständnisse hätten keine bindende Kraft.

---

[1] Vgl. dazu Schott, Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß (1903). Übrigens würde auch diese Notwendigkeit gegen eine Unterbringung des Informativprozesses im Zivilprozeß sprechen, da der heutige Zivilprozeß solche Denegation nicht kennt.

[2] Wo der „Kläger" nur Aufnahme eines einzelnen Beweises über die Tatsache begehrte, da läge eine Informativklage überhaupt nicht vor. Denn dann steht ein einzelner Beweisakt in Frage, der schlechterdings nur im Rahmen des Gesamtprozesses, eventuell im Wege der probatio in perpetuam rei memoriam zu erledigen wäre. Selbstverständlich müßte eine „Sicherung des Beweises" (durch isolierte Vernehmung eines im Sterben liegenden Zeugen usw.) wie für einen kommenden Zivilprozeß, so auch für einen kommenden Informativprozeß möglich sein. Nur wäre sie noch nicht selber ein Informativprozeß.

7. Sofern die Klage nicht a limine zurückgewiesen wird, hätte ein Termin vor dem Vorsitzenden zu folgen, in dem mit den — von Amts wegen zu ladenden — Parteien über die zu erhebenden Beweise verhandelt wird,[1] sozusagen eine interrogatio in jure. Zu der alsdann anzuberaumenden Hauptverhandlung wären die von den Parteien benannten und alle von dem Vorsitzenden für zweckdienlich erachteten Beweismittel von Amts wegen herbeizuschaffen.

8. Im Punkte der Beweiserbringung wäre neben dem direkten Beweis auch der Indizienbeweis zuzulassen. Bei Prozessen um facta interna würde der letztere gar nicht zu entbehren sein.

Zweifel können hinsichtlich der Beweismittelqualität der Parteien selber obwalten. Daß Eideszuschiebung im Sinne der Z.P.O. nicht am Platze wäre, wird freilich zweifellos sein; denn das dispositive Element, das in der Eideszuschiebung liegt, muß letztere in einem auf Tatsachenaufhellung ex professo gerichteten Prozeß ebenso disqualifizieren wie es das Geständnis disqualifiziert.

Wohl aber wird gegen die Heranziehung der Parteianführung zu Beweiszwecken so wenig wie im Strafprozeß ein grundsätzliches Bedenken bestehen. Doch wird, wo die Partei als Beweismittel in Frage kommt, sich eine Bekräftigung der Parteianführung durch Eid (oder, wenn der Eid künftig beseitigt werden sollte, durch die entsprechende weltliche Beteurungsformel) in dem Sinne vernotwendigen, daß das Gericht von der einen oder anderen Partei solche Bekräftigung verlangen kann.

Es müßte also dem Gericht zwar auch unverwehrt sein, ohne Eidesauflage der einen oder anderen Partei zu glauben (soweit die Glaubwürdigkeit durch Indizien hinreichend sichergestellt wäre) — wichtig namentlich, wo der Partei die Eidesfähigkeit mangelt; andererseits aber müßte dem Gericht auch freistehen, nach seinem Ermessen den Schwur, soweit dieser rechtlich zulässig, zu verlangen.[2]

In letzterem Falle würden hier Analogien mit dem richterlichen Eide des Zivilprozesses Platz greifen, so jedoch, daß die freie Beweiswürdigung keinen Abbruch erlitte, das Gericht also auch bei Eidesweigerung der Partei Glauben schenken und umgekehrt der beschworenen Anführung den Glauben versagen könnte.[3]

---

[1] Dem Beklagten wäre mit der Ladung zu diesem Termin die Klageschrift zuzustellen.

[2] Vgl. Friedmann, Recht der Wahrheit S. 30, Vorschläge zur Umgestaltung des österr. Preßrechts usw. S. 106; von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 462.

[3] Also ähnlich der österreichisch-rechtlichen Vernehmung der Parteien als Zeugen, vgl. z. B. Skedl, Österr. Zivilproz.R. 1 (1900) S. 40 ff.; Pollak, Lehrb. des österr. Zivilproz. 2 589 ff.

Überhaupt würde jede Einpanzerung der richterlichen Überzeugung in formelle Beweisregeln zu vermeiden sein; es wären namentlich die Urkundenbeweisregeln der Z.P.O. nicht in den Informativprozeß zu übernehmen. Jede formale Beweiskraft irgendwelcher Beweismittel würde dem Aufklärungszweck ja widerstreben.

Für die Beweiserhebung durch Indizien[1] müßten grundsätzlich alle Tatsachen offenstehen, außer solchen, die durch ein absolutes Beweisverbot verschleiert wären; inwieweit absolute Beweisverbote aufzustellen wären, wäre im Sinne der Interessenwägung wie bei der den Prozeßgegenstand bildenden streitigen Tatsache zu normieren.

Für die Zulassung oder Nichtzulassung bestimmter Beweismittel (relative Beweisverbote) wäre, da es sich um den Widerstreit des privaten Interesses des Klägers mit entgegenstehenden Interessen handelt, Anschluß an die Z.P.O. zu suchen (insbesondere hinsichtlich des Umfangs von Zeugnisweigerungsrechten Z.P.O. §§ 383 ff.).

Von einer Beweislastverteilung könnte im Informativprozeß füglich keine Rede sein, da jede Beweislastauferlegung am letzten Ende zu einer Gleichstellung des Unbewiesenen mit dem Widerlegten führt, während doch die Wahrheit als solche ermittelt werden soll.[2]

9. Die Zwangsmittel des Strafprozesses (Untersuchungshaft, Beschlagnahme, Durchsuchung) hätten zu entfallen.

10. Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens wäre an sich beizubehalten. Es müßte jedoch dem Kläger da, wo er einen ihm gemachten Vorwurf abwälzen will, das Recht gegeben werden, Ausschluß der Öffentlichkeit zu verlangen.[3]

11. Bei Terminsversäumnis von seiten einer Partei wäre, wenn sie entschuldigt, zu vertagen, anderenfalls in absentia zu prozedieren.

12. Nähme — was zulässig sein müßte — der Kläger die Klage zurück, z. B. weil er sich schon durch die Beweisaufnahme als solche glänzend gerechtfertigt und damit befriedigt glaubt, so würde ein gerichtlicher Ausspruch entfallen, der Kläger aber die Kosten zu tragen haben, soweit sie nicht der Beklagte auf sich nimmt.

Wird die Klage nicht zurückgenommen, so wäre Urteil zu erlassen. Es hätte je nach dem Ausfall der Beweisaufnahme auf Feststellung der Tatsache,[4] auf Feststellung des Gegenteils oder auf non

---

[1] Im Gegensatz zu dem den Prozeßgegenstand selber bildenden Beweisthema (siehe oben S. 38).

[2] Über die Bedeutung des Urteils, das bei non liquet ergeht, siehe unten S. 44.

[3] Ähnliche Anregungen in den Anträgen der deutschen Anti-Duell-Liga, sowie bei Liepmann, D.J.Z. 11 931, und Graf Dohna, Zeitschr. f. St.R.Wiss. 26 560.

[4] Nicht etwa auf „Verurteilung zur Anerkennung der Richtigkeit der Tatsache", so wenig wie — trotz § 256 Z.P.O. — der Urteilstenor im Urkundenfeststellungs-

liquet (Nichtfeststellbarkeit der Tatsache) zu lauten, jedenfalls auf eine reine pronunciatio facti.

Dabei würde zur Feststellung der Unwahrheit des thema probandum ein besonderes petitum des Beklagten, es sei in Form eines Inzidentantrages oder gar in Form einer Widerklage, nicht zu erfordern sein — jedes reine Tatsachenfeststellungsverfahren muß notwendig ein judicium duplex sein.

Wo sich ein non liquet ergibt, da wäre das Urteil für den Kläger je nach Verschiedenheit seines Klagpetitums[1] ein obsiegliches oder eine Niederlage. Wo nämlich die Klage als positive Informativklage auf positive Feststellung einer Tatsache gerichtet war, würde die Unaufgeklärtheit ein Unterliegen des Klägers bedeuten; wo dieser dagegen lediglich die Nichtfeststellbarkeit in judicium deduziert hätte, wie namentlich im Falle der üblen Nachrede, würde er bei einem non liquet-Urteil als Sieger aus dem Prozeß hervorgehen.[2]

Mit dem Feststellungsausspruch zu verbinden wäre die Ermächtigung für die siegreiche Partei, das Urteil auf Kosten des Gegners in bestimmter Weise öffentlich bekanntzumachen.[3]

---

prozeß in diesem Sinne zu fassen ist. Denn woher nähme die Verpflichtung, eine Tatsache durch es sei Wissens-, es sei Willenserklärung als richtig anzuerkennen, die obligatio ad agnoscendum, ihren Ursprung? Vgl. auch Wach, Hdb. 1 16 ff., Feststellungsanspruch 4 ff.; R. Schmidt, Klageänderung 197; Gaupp-Stein I zu § 256 bei Anm. 7.

[1] Siehe oben S. 38.

[2] Friedmann, Recht der Wahrheit S. 25, will im Rufreparationsprozeß die praesumtio boni zugunsten des Beleidigten aufrechterhalten wissen. Während diese im Strafprozeß, weil zuungunsten des angeblichen Beleidigers wirkend, eine Ungerechtigkeit sei, sei sie im reinen Rufreparationsprozeß am Platze. von Lilienthal, Vergleichende Darstellung 4 462 fordert direkt, daß jedes Verfahren zu einem „positiven Ergebnisse" führen müsse, also die nichterwiesene Behauptung für unwahr erklärt werde. Nun ist es ja ganz richtig, daß bei Unerweislichkeit der behaupteten ehrenrührigen Tatsachen der gute Ruf des durch die Behauptung Gefährdeten tatsächlich gereinigt ist. Von da aber bis zu der rechtlichen Gleichstellung der Unerweislichkeit mit dem Gegenbeweis ist noch ein weiter Schritt. Man kann unmöglich dem Gericht ansinnen, die Wahrheit in solcher Weise zu verschieben. Bei zweifelhafter Sachlage wird sich eben der verständige Kläger damit begnügen, die Nichterweislichkeit durch Richterspruch proklamiert zu sehen. Fordert er mehr, stellt also nicht wenigstens einen Eventualantrag auf non liquet, so macht er sich einer pluspetitio schuldig.

Gegen den Vorschlag von Bars, Gerichtssaal 52 156 ff., das Urteil solle sich darüber aussprechen, ob der Beleidiger wenigstens genügende Anhaltspunkte dafür gehabt habe, seine Behauptung für richtig zu halten, siehe Friedmann, Recht der Wahrheit S. 47 Anm. 41.

[3] Vgl. Kohler, Goltd. Arch. 47 116; Friedmann, Recht der Wahrheit S. 26; von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 463.

13. Da das Urteil eigentlicher Rechtskraft unteilhaftig wäre,[1] so kämen auch eigentliche Rechtsmittel = Rechtsbehelfe mit Suspensiveffekt nicht in Frage.[2] Dagegen wäre ein Rechtsbehelf entsprechend dem remedium ulterioris defensionis zu gewähren: fristlos zulässiger und immer wiederholbarer Antrag auf Heranziehung eines neuen Beweismittels (oder eines Beweismittels für ein neues Indizium), zustehend dem unterlegenen Kläger wie dem unterlegenen Beklagten, zugehörig zur funktionellen Zuständigkeit eben des Gerichts, das das erste Urteil in der Sache gefällt hat.

Nur insofern würde ein Rechtsmittel in Frage kommen, als es sich um eine in der Tatsachenfeststellung liegende juristische Wertung der Tatsache handelt (oben S. 24), und eine Partei juristische Fehlerhaftigkeit dieser Wertung als solchen geltend machen will. Zur Verfolgung derartiger Anfechtung wäre eine Art Revision zu gewähren.

14. Die Kosten des Verfahrens wären im Falle der Feststellung der Tatsache dem Beklagten,[3] im Falle der Feststellung des Gegenteils, dem Kläger aufzuerlegen. Bei non liquet käme es auf die Tragweite des Klagepetitums an (siehe oben S. 38). Die Höhe der Gerichts- und Anwaltsgebühren, Beweisgebühr, Entscheidungsgebühr wäre, da die das „Objekt" des Prozesses bildende Tatsache schlechthin unschätzbar ist und mit dem Anspruch, für den sie möglicherweise relevant ist, nicht identisch ist, sie überdies gar nicht für einen „Anspruch" auch nur potenziell relevant zu sein braucht, am besten nach dem Umfang der Beweisaufnahme zu bemessen, sei es, daß die für die Hauptverhandlung aufgewandte Zeit, sei es, daß die Zahl der Beweismittel zugrunde gelegt würde.

15. Nur scheinbar schwierig würde sich das Verhältnis des Informativprozesses zu vorausgegangenen zivil- oder strafurteilsmäßigen Feststellungen de eodem facto gestalten. Da nämlich nach zivil- und strafprozessualischen Grundsätzen die Tatsachenfeststellungen, die den Durchgangspunkt der zivil- und strafrichterlichen Entscheidung bilden, an der Rechtskraft nicht partizipieren, also in jedem neuen Zivil- oder Strafprozeß gegenteilige Feststellungen unbehindert sind, so ist klar, daß die Anfechtung solcher Tatsachenfeststellungen im Wege der Informativklage erst recht kein Ankämpfen contra rem judicatam bedeuten würde. Eine derartige Informativklage wäre also anstandslos zuzulassen.

Zu beachten wäre nur, daß da, wo die das rechtskräftige Zivil- oder Strafurteil tragende Tatsachenfeststellung lediglich in der Ten-

---

[1] Siehe oben S. 31 f.

[2] Auch von Lilienthal, Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausländ. Strafrechts 4 463, erachtet Rechtsmittel für entbehrlich.

[3] Vgl. Kohler, Goltd. Arch. 47 115.

denz umgeworfen werden soll, um eine Änderung der Zivil- oder Strafentscheidung selbst herbeizuführen, dem Kläger das besondere Informativprozeßinteresse (oben S. 32 Anm. 2) fehlt und deshalb hier nicht der Informativprozeß, sondern einzig der Weg der Wiederaufnahme des Verfahrens zur Verfügung stehen kann. (Entsprechend wäre eine Informativklage auch da unstatthaft, wo eine Umstoßung der ein noch nicht rechtskräftiges Zivil- oder Strafurteil tragenden Tatfrageentscheidung lediglich in der Tendenz, dieses Urteil zu beseitigen, begehrt werden wollte; hier wäre ausschließlich der Weg der Berufung zur Verfügung der Partei.) Wo dagegen das besondere Feststellungsinteresse gegeben wäre, da wäre die Informativklage zuzulassen; sie wäre hier sogar für den Interessenten von ganz besonderem Werte. Das Urteil im Informativprozeß hätte natürlich nicht die Kraft, die zivil- oder strafprozessuale Entscheidung umzustürzen. Die Berücksichtigung dieses Urteils durch das Berufungs- oder Wiederaufnahmegericht in dem Zivilstreit oder Strafprozeß hätte in der oben S. 32 dargelegten Weise zu geschehen.

Auf Kosten der strafprozessualen Wiederaufnahme des Verfahrens wäre jedoch der Informativprozeß in einer Hinsicht zu erweitern. Wenn nämlich die St.P.O. (§§ 401, 411) eine Wiederaufnahme nach dem Tode des Verurteilten in dem Sinne kennt, daß nicht nur ein bei seinen Lebzeiten begonnenes Wiederaufnahmeverfahren zu Ende zu führen ist, sondern sogar der Wiederaufnahmeantrag post mortem gestellt werden kann, so ist damit einem vorhandenen Bedürfnis in deplazierter Form Rechnung getragen. Ein Strafprozeß ohne Angeklagten, ein Strafprozeß, in dem gar nicht über die realen Fragen der angeblichen Straftat, die von Rechts wegen gegen den Täter einzutreten hätten, verhandelt wird, ist überhaupt kein Strafprozeß, sondern sozusagen ein Kontre-Strafprozeß. Das verurteilende Erkenntnis als solches hat mit dem Tode ja jeden Strafurteilswert verloren. Nur seine tatsächlichen Feststellungen haben noch für das Pietätsinteresse der Hinterbliebenen Bedeutung. Gelingt es, sie zu erschüttern, so ist damit diesem Pietätsinteresse vollständig genügt; die feierliche Aufhebung des ohnehin gegenstandlosen verurteilenden Erkenntnisses ist hohle Form. Die Prozedur fällt also bei richtiger Inproportionsetzung von Zweck und Mittel vollständig in den Bereich des Informativprozesses (vgl. oben S. 14). Die Klage der Hinterbliebenen wäre gegen den (durch die Staatsanwaltschaft repräsentierten) Staat bezw. den vormaligen Privatkläger, bei Vorhandengewesensein eines Nebenklägers auch gegen diesen zu richten. Für die Wiederaufnahme im Strafprozeß wäre demnach der allgemeine strafprozessuale Satz, daß der Tod des Beschuldigten das Strafverfahren endigt, durchzuführen. Die Wiederaufnahme post mortem wäre zu streichen.

Noch geringere Schwierigkeiten als die Frage der Zulässigkeit einer Informativklage gegen zivil- oder strafurteilsmäßige Tatsachenfeststellung würde die Frage bereiten, wie es um eine Informativklage konform solcher Tatsachenfeststellung stehen würde. Hat nämlich schon der Zivil- oder Strafrichter die Tatsache festgestellt, so wird regelmäßig das Interesse an einer speziellen Feststellung derselben Tatsache durch informativprozessuales Urteil fehlen. Ein „Doppelt hält besser" käme nicht in Betracht. Sollte freilich der Kläger ausnahmsweise aufzeigen können, daß sein persönliches Interesse eine abermalige Proklamation der Wahrheit erheische, so könnte seine Informativklage nicht der Denegation verfallen.

Daß vollends da, wo die Tatsache zwar zum Prozeßmaterial in einem vorangegangenen Zivil- oder Strafprozeß gehörte, das Zivil- oder Strafurteil sich aber über sie nicht aussprach, weil es für die Entscheidung auf sie nicht ankam, der Informativprozeßweg offenstehen muß, erhellt ohne weiteres. Derart gelagert wird namentlich der Fall der Freisprechung des jetzigen Klägers aus einem ihn nicht voll befriedigenden Grunde sein. Hat z. B. das Gericht dahingestellt gelassen, ob er die Tat als solche begangen habe, und ist die Freisprechung nur damit motiviert, daß Verjährung eingetreten sei, oder damit, daß der Beschuldigte zurzeit der präsumtiven Tat jedenfalls geisteskrank oder volltrunken gewesen sei, so wird ein Interesse an der Feststellung, daß ihm die Tat überhaupt nicht zur Last falle, nicht zu leugnen sein. Im Rahmen des Strafprozesses kommt dieses Interesse aber zu kurz: die Freisprechung kann wegen Fehlens eines gravamen nicht von dem Freigesprochenen angefochten werden; kein Rechtsbehelf kann lediglich andere Entscheidungsgründe bei gleichbleibendem Resultat anstreben. Die Billigkeit spricht hier deutlich für Statthaftigkeit des Informativprozesses.

16. Schließlich bleibt noch der Möglichkeit zu gedenken, daß das Interesse an einer Tatsachenfeststellung für eine der Parteien gelegentlich eines Zivil- oder Strafprozesses hervorträte. So könnte sich im Zivilprozeß im Falle des Eventualaufrechnungseinwands das Bedürfnis nach Klärung der Sachlage,[1] im Prozeß wegen übler Nachrede[2] das Bedürfnis nach Feststellung der Unwahrheit der Behauptung ohne Rücksicht auf die etwa in Aussicht stehende Freisprechung wegen „Wahrung berechtigter Interessen" usw.[3] einstellen. In derartigen Fällen würde unbedenklich eine Inzident-Informativklage zuzulassen sein, so daß sich die Tatsachenfeststellungsprozedur in den Zivil- oder Strafprozeß einschöbe, selbstverständlich so, daß sie dabei

[1] Vgl. oben S. 20.

[2] Wenn diese auch inskünftig strafbar bleiben sollte, siehe oben S. 9.

[3] Vgl. oben S. 10.

ihren Charakter nicht verlöre, insbesondere in Ansehung der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit, sowie so, daß sie den Gang und den Abschluß des Zivil- oder Strafprozesses nicht beeinflußte, namentlich die Fällung des Zivil- oder Strafurteils nicht aufhielte.

## § 8.

## II. Informativprozeß im öffentlichen Interesse.

Im bisherigen ist der Informativprozeß nur dem privaten Interesse an Aufklärung dienstbar gemacht worden. Für Fälle, in denen das öffentliche Interesse gewisse Klarstellungen erwünscht erscheinen läßt — Ursache von Eisenbahnunfällen, Bergwerksunglücken, Aufhellung hygienischer Zustände usw. — wird es auch ganz regelmäßig des Eingreifens der Justiz nicht bedürfen. Steht doch den Behörden ein Apparat zur Verfügung, der in der Regel alle Bedürfnisse befriedigt: Enquêten, Einholung von Auskünften, öffentliche Bekanntmachungen, wie sie ohne Schwierigkeiten im Wege der reinen, rechtsfessellosen Verwaltung vorgenommen werden können. Und wo rechtliche Regelung eines Aufhellungsverfahrens am Platze erscheint, da wird solche rechtliche Regelung auch nur durch die Verwaltungsgesetzgebung zu erfolgen haben, wie dies schon für die Untersuchung der Ursachen von Seeunfällen durch die Seeämter im heutigen Recht der Fall ist (R.G. vom 27. Juli 1877).

In einem Falle freilich wird für die vom öffentlichen Interesse geforderte Aufhellung eines Sachverhalts der Prozeßweg der gewiesene sein. Es kann nämlich sein, daß der Staat gegen den einer strafbaren Handlung Schuldigen eine Strafklage erheben könnte, und dennoch die Herbeiführung der Bestrafung nicht geboten erscheint, wofern nur der Sachverhalt orbi et urbi autoritativ proklamiert wird.

Unverkennbar gibt es zahlreiche Deliktsfälle, in denen die Strafe selber unendlich gleichgültig, die völlige Totschweigung der Angelegenheit aber inopportun erscheint. Hierher gehören namentlich die Bagatellen, insonderheit die kleinlichen Häkeleien zwischen einer Behörde oder einem Beamten und einer Privatperson, bei denen es im wesentlichen darauf ankommt, klarzustellen, ob auf dieser oder jener Seite Inkorrektheiten vorgekommen sind, und nur die „Rechtfertigung" des behördlichen Verhaltens und die Unzulässigkeit des Verhaltens der Privatperson interessegemäß ist.[1]

[1] Vgl. oben S. 29 Anm. 2.

Daß heute viel zu viel gestraft wird, die staatliche Strafgewalt überspannt wird, kann füglich wohl nicht bestritten werden.[1] Bessernde Hand kann auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts nicht durchweg angelegt werden. Ließen sich auch von unseren heutigen Strafgesetzen gut einige Dutzend streichen, so bleiben doch immer zahlreiche Strafgesetze übrig, die unentbehrlich sind und doch nicht die Anwendung auf alle ihnen unterfallenden strafbaren Handlungen als Notwendigkeit erscheinen lassen.

Ebenso kann eine autoritative Aufklärung im Staatsinteresse in solchen Fällen dringend geboten sein, wo der Strafprozeß wegen Abwesenheit des Beschuldigten oder Geisteskrankheit stillstehen muß, weil eine Hauptverhandlung in absentem und in dementem ausgeschlossen ist.[2]

Endlich gibt es Fälle, in denen „negative Strafzwecke" die Bestrafung widerraten, die Feststellung des Sachverhalts aber heilsam erscheint. Dies dann, wenn die Vergeltung, so gerecht sie wäre, doch Übel für das Staatswohl im Gefolge haben würde, sodaß von vornherein jede Erörterung der Strafbarkeit als der Rechtsfolge der Tat zu vermeiden ist, während doch eine rein tatsächliche Feststellung des Vorgefallenen erwünscht erscheint. Ein solcher Fall wird namentlich bei jugendlichen Übeltätern oft gegeben sein, zumal da, wo die gerichtliche Klarstellung die Basis für die Beurteilung des Jugendlichen durch Lehrer, Erzieher, Lehrmeister usw. abzugeben geeignet ist, oder einem vormundschaftsgerichtlichen Beschlusse auf Zwangserziehung (Fürsorgeerziehung) vorgearbeitet werden soll.

Wenn man hier für einen Teil der Fälle vorgeschlagen hat, schlechtweg das Legalitätsprinzip preiszugeben, so schießt dieser Vorschlag in zahlreichen Fällen über das Ziel hinaus insofern, als dann eben die Angelegenheit überhaupt im Sande verläuft. Statt dessen sollte der Verfolgungsbehörde überlassen werden, zwischen der Anklage im Strafprozeß, der Unterlassung jedes Vorgehens und dem Weg der Herbeiführung reiner Tatsachenfeststellung zu wählen, so daß letztere als Surrogat für die Strafklageerhebung erscheint. Dem Weg der reinen Tatsachenfeststellung — nicht dem einer auf Feststellung des Strafanspruchs gerichteten, der Rechtsverhältnisfeststellungsklage des § 256 Z.P.O. nachgebildeten positiven Feststellungsklage. Denn die reine Tatsachenfeststellung wird stets dem Bedürfnis genügen, wofern man sich nur vor Augen stellt, daß auch die Feststellung der Eigenschaft der Handlung als einer rechtswidrigen und schuldhaften usw. noch in den Bereich der Tatsachenfeststellung

[1] Vgl. besonders Frank, Ztschr. f. Str.R.Wiss. 18 733.

[2] Vgl. unten S. 52 f.

fällt,[1] soweit nicht die Rechtsfolgen selber zum Gegenstand des Richteraussprüchs gemacht werden, — weshalb über das Bedürfnis hinausgehen? Auch hätte es Bedenken, dem Strafkläger die Befugnis einzuräumen, eine Schuldigsprechung ohne die Verurteilung zu Strafe zu begehren; denn so sehr man sich mit dem Gedanken wird befreunden können, daß dem Richter die Möglichkeit gegeben sein müsse, in Abwägung der den Vergeltungszweck möglicherweise überwiegenden anderweitigen Staatsaufgaben von Strafe Abstand zu nehmen;[2] so inopportun erscheint es doch, dem Strafkläger als solchem zu gestatten, bloße Bejahung des Strafanspruchs zu fordern: wo der Prozeß bis zur Schuldigsprechung ausgedehnt wird, da soll dem Richter nicht verwehrt sein, auch die Strafe daranzuhängen.[3] Gegen eine analogische Übertragung der positiven Rechtsverhältnisfeststellungsklage auf den Strafprozeß spricht endlich der zivilprozessualische Grundgedanke dieser Art Rechtsschutzanspruch: ihre Subsidiarität gegenüber der Leistungsklage,[4] ihre Bedingtheit durch ein rechtliches Interesse eben an der alsbaldigen Feststellung — wie wollte man bei dem Strafkläger, der unbehindert die kondemnatorische Klage erheben könnte, ein solches Feststellungsinteresse konstruieren?

Zu denken wäre noch daran, ob etwa die Staatsanwaltschaft auch da für befugt zu erklären wäre, eine Tatsachenfeststellungsklage zu erheben, wo der Tatbestand einer strafbaren Handlung gegeben ist, sich aber wegen Fehlens eines der sonstigen Strafbarkeitsrequisite eine Verurteilung nicht erzielen lassen würde. So wenn etwa jemand eine „Tötung" verübt hat, aber ein Unrechtsausschließungsgrund (etwa Notwehr), ein Schuldausschließungsgrund (zur Zeit der Tat gegebene Geisteskrankheit, Trunkenheit, kindliches Alter, Mangel des discernement bei Jugendlichen), ein Strafausschließungsgrund (ausländische Tatbegehung usw.), ein Strafaufhebungsgrund (Verjährung usw.) obwaltet. Allein in derartigen Fällen wird wohl stets die auf Einstellung lautende Verfügung der Staatsanwaltschaft oder, wenn die Sache schon an das Gericht gediehen war, der Einstellungsbeschluß des Gerichts allen staatlichen Feststellungsinteressen genügen,

[1] Da Wertungen den Begriff keineswegs ausschließen, siehe oben S. 24.

[2] Vgl. z. B. den schweizerischen St.G.B.-Entwurf 1894 Art. 170 II, 1896 Art. 193 III. Vgl. ferner den sehr erwägenswerten Vorschlag von Lenz, Jugendstrafrecht (1907) S. 32 f.: dem Richter die Befugnis zu geben, einem jugendlichen Schuldigen unbedingte Strafnachsicht zu gewähren.

[3] Ist doch auch für die Fälle der „bedingten Verurteilung" m. W. noch nicht vorgeschlagen worden, daß der Strafkläger auf bloß bedingte Verurteilung in der Weise anzutragen befugt sein solle, daß dem Richter damit die Möglichkeit genommen wäre, unbedingt zu verurteilen.

[4] Auf die in dieser Hinsicht bestehende zivilprozessuale Kontroverse kann natürlich an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

da die Motivierung der Einstellung ja erkennen lassen kann, daß der „Tatbestand" eines Delikts erfüllt war und nur der Mangel der Rechtswidrigkeit usw. die Verurteilung ausschloß.

Es wird sonach ein besonderes Verfahren pro proclamanda veritate eben nur da in Frage kommen können, wo die Strafverfolgungsbehörde alle Voraussetzungen des Strafanspruchs bejaht wissen und nur die strafrechtlichen Konsequenzen unfestgestellt lassen will.

Darüber, daß derartige Klärungsprozeduren nicht der Verwaltung, und wäre es auch der Justizverwaltung, zuzuweisen wären, sind nicht viel Worte zu verlieren. Das Hineinleuchten in Kriminalfälle ist derart ein Element in der strafprozessualen Tätigkeit der Gerichte, daß es sich auch da, wo es für sich verselbständigt wird, ohne weiteres für den gerichtlichen Prozeß qualifiziert.

Auf der anderen Seite sollte der Prozeß auf Klarstellung nicht dem Strafprozeß inkorporiert werden. Der Sinn der Klage ist ja eben gerade der, daß man nur die Tatsache der Deliktsbegehung festnageln, dem Täter aber nicht an den Kragen will. Und dies sollte auch äußerlich durch Vermeidung der Etikette „Strafprozeß" zum Ausdruck gebracht werden.

Zudem muß das Aufklärungsinteresse dahin führen, gewisse im Strafprozeß geltende Schranken der Aburteilung zu beseitigen (Hauptverhandlung gegen Geisteskranke, Abwesende),[1] umgekehrt müßten im bloßen Aufklärungsprozeß die strafprozessualaen Zwangsmittel (Haft usw.) entfallen; es würde kein von „hinreichendem Verdacht" abhängiger Eröffnungsbeschluß zu fassen sein (da ja gerade die Tatfrage das Objekt der Klage bildet[2]) usw. So erscheint die Nutzbarmachung des Informativprozesses als das Gegebene.

Nur werden mit Rücksicht darauf, daß hier der Staat als Kläger auftritt, und die Prozedur nicht dem privaten Interesse dient, sowie mit Rücksicht darauf, daß hier der Informativprozeß die Stelle des Strafprozesses vertritt, eine Reihe von Modifikationen anzubringen sein.

1. So wird hier die besondere Klagevoraussetzung eines vom Gericht zu prüfenden Interesses an der Feststellung wegzufallen haben; desgleichen selbstverständlich der Modus der Klagerhebung zu Gerichtsschreiberprotokoll und das Erfordernis der Beiziehung eines Rechtsanwalts zur Mitunterzeichnung der Klageschrift.

Auch eine denegatio actionis wegen Mangels eines staatlichen Interesses an der Aufhellung käme in Wegfall. Die Prüfung dieses Interesses wäre eben Sache der Staatsanwaltschaft (gerade so, wie die bei einem privatklagefähigen Delikt erhobene Staatsklage nicht

[1] Siehe unten S. 52 f.

[2] Wie ja auch die durch Antrag auf Voruntersuchung erhobene staatsanwaltschaftliche Klage nicht wegen Verdachtsmangels abgelehnt werden kann.

daraufhin vom Gericht zu prüfen ist, ob das öffentliche Interesse die staatliche Klage gemäß § 416 St.P.O. erfordert).

Dagegen wären die Fälle, in denen die Informativklage statthaft sein soll, gesetzlich genau zu fixieren, so zwar, daß hier benannt würden

a) die Fälle, in denen Opportunitätsprinzip anerkannt ist, also von jeder Klageerhebung überhaupt Abstand genommen werden könnte;
b) die Fälle, wo die Durchführung der Strafklage wegen Geisteskrankheit oder Abwesenheit des Beschuldigten zurzeit unmöglich ist;
c) die Fälle, in denen Jugendlichkeit oder sonstige bestimmt aufzuführende anderweite Momente eine Bestrafung unrätlich erscheinen ließen.

Voraussetzung für die Informativklage müßte ferner sein, daß die rechtlichen Voraussetzungen der Strafklage vorliegen (Strafantrag usw.).

2. Die Informativklage wäre in jedem Falle vor dasjenige Gericht zu bringen, das für den Fall, wenn er als echte „Strafsache" behandelt würde, zuständig wäre, also vor dasjenige ordentliche oder Sondergericht, das als Strafgericht sachlich und örtlich kompetent wäre.

Im Punkte der Gerichtsfreiheit wären hier Sondersatzungen nicht am Platze.[1] Denn da die hier in Rede stehende Informativklage wie eine abgeschwächte Strafklage erschiene, so hätte gegen Personen, gegen die die Strafklage ausgeschlossen ist, auch die Informativklage zu unterbleiben.[2]

3. Ein Termin zur Feststellung der in Betracht kommenden Beweismittel (oben S. 42) wäre meist entbehrlich, da regulär die Staatsanwaltschaft die Angelegenheit in einem vorbereitenden Verfahren vorbereitet haben wird. Nur auf Antrag einer der Parteien hätte ein solcher Vortermin stattzufinden.

4. Die Hauptverhandlung müßte auch gegen die — strafprozessualisch verhandlungsunfähigen — Geisteskranken statthaft sein derart, daß sich dann das Spiegelbild des von einem Geisteskranken angestrengten Informativprozesses (oben S. 15) ergäbe. Denn gerade so gut, wie das Genesungsinteresse des Geisteskranken, kann das Staatsinteresse nach Aufdeckung des Sachverhalts schreien (man denke an aufsehenerregende „Mord"-Fälle, durch die weite Kreise in Beunruhigung versetzt sind).

[1] Vgl. dagegen oben S. 30 f.
[2] Vgl. oben bei Ziffer 1.

Auch Abwesenheit des Beklagten dürfte der Durchführung des Informativprozesses nicht entgegenstehen. Kann doch auch hier ein gerichtliches Aufhellungsverfahren unter Umständen von eminentem Werte für die Niederschlagung beunruhigender Gerüchte sein.

Hier ließe sich auch der § 360 I a. E. M.St.G.O. organisch einfügen. Im heutigen Recht ist der Sinn und die Tragweite dieses Paragraphen recht dunkel, insofern er im Strafprozeß einen gerichtlichen Ausspruch, durch den der Beschuldigte „für fahnenflüchtig erklärt wird", fällen läßt.

Selbstverständlich wäre der Prozeß unter Beteiligung des Vormunds des Geisteskranken bezw. eines ad hoc zu bestellenden curator absentis als des gesetzlichen Vertreters zu führen.

Eine Präjudizierung der Interessen des Beklagten für den Fall nachmaliger Genesung bezw. Rückkehr wäre nach dem oben S. 32 Ausgeführten nicht zu befürchten. Bliebe doch in einem darauffolgenden Strafprozeß eine neue Würdigung, sofern irgendwie die etwa im Informativprozeß getroffene ungünstige Feststellung zweifelhaft erschiene, unverschränkt.

5. Absolute und relative Beweisverbote wären ganz wie nach der St.P.O. zu fixieren (so insbesondere Umfang der Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses nach St.P.O. §§ 51 ff., nicht nach Z.P.O. §§ 383 ff.), da hier im Gegensatz zu den sonstigen Informativprozessen auf Seite des Klägers das öffentliche Interesse geradeso wie im Strafprozeß streitet.

6. Zulässig müßte in einem anhängigen Strafprozeß sein, daß sich der Kläger auf die bloße Informativklage zurückzieht, sowie umgekehrt in einem Informativproseß, daß der Kläger die Informativklage zur Strafklage erweitert. Im letzteren Falle unterläge die Klage natürlich fortan den Sätzen der St.P.O., namentlich in der Richtung einer Prüfung durch das Gericht, ob „hinreichender Verdacht" für Eröffnung des Hauptverfahrens vorliegt.

7. Wegzufallen hätte bei dem für einen Strafprozeß stellvertretenden Informativprozeß natürlich die Möglichkeit einer Prorogation auf ein schiedsrichterliches Verfahren.

## § 9.

### Bedenken gegen den Informativprozeß?

Wer Gesetzesergänzungen vorschlägt, muß, wenn anders er Jurist heißen will, das Gesamtleben der rechtsgeeinten Gesamtheit in dem Sinne ins Auge fassen, daß er prüft, ob nicht den Interessen, als deren Wortführer er auftritt, Gegeninteressen gegenüberstehen, die jenen vorgehen. Aber gegenüber den Bedürfnissen, die zur

Gewährung der Informativklage drängen, werden sich, wie mich deucht, schutzwürdige Gegeninteressen nicht wohl ausfindig machen lassen.

Daß sich derjenige, der eine die persönlichen Interessen eines anderen berührende Tatsache in Abrede stellt, einen Prozeß wird aufnötigen lassen müssen, entspricht der aequitas. Ist ihm doch auch die Möglichkeit gegeben, durch Widerruf seiner Äußerung dem Prozeß aus dem Wege zu gehen. Und ist er von der Richtigkeit seiner Auffassung überzeugt und ein Wahrheitsfanatiker, dann kann ihm die prozessuale Aufklärung ja gerade recht sein.

Daß durch Einführung des Informativprozesses den Gerichten eine neue Aufgabe, eine neue Arbeitslast zuwächst, kann erst recht kein Grund gegen die Gesetzesergänzung sein. Denn gerade das ist ja eben die Aufgabe der Justiz, Lebensbedürfnisse zu befriedigen. Zudem darf hier daran erinnert werden, daß der Informativprozeß zahlreiche Fälle aufsaugen würde, in denen sonst ein Zivil- oder Strafprozeß entbrannt sein würde.

Eine Besorgnis anderer Art gegenüber einer reinen Tatsachenfeststellungsklage scheint RICHARD SCHMIDT[1] zu hegen. Der Gedanke des Rechtsstaats erfordere eine objektiv bestimmbare Regel für die Bedürfnisse, die den Prozeß entfesseln; Tatsachenklagen aber würden den Prozeß zum Werkzeug ganz unbestimmter subjektiver Bedürfnisse der Bürger machen. So richtig es aber auch ist, daß die Aufnahme der Informativklage in den Zivilprozeß „eine maßlose Ausdehnung der Zivilrechtspflege bedeuten", „die Zivilrechtsklage jeder festen Umgrenzung entkleiden würde,[2] so kann doch füglich die Gewährung des Rechtsschutzes nicht mit der Begründung verweigert werden, daß er nur „subjektiven Bedürfnissen" gerecht werde; denn aller Rechtsschutz hominum causa constitutus est. Der Nachdruck soll denn wohl auch von SCHMIDT auf die völlige Unbestimmtheit der subjektiven Bedürfnisse an Feststellung von Tatsachen gelegt werden. Es ist aber oben zu zeigen versucht worden, daß die in Rede stehenden Bedürfnisse doch nicht so vager Art sind, und durch die gesetzliche Aufstellung von Kautelen dem Mißbrauch vorgebeugt werden kann. Was man mit SCHMIDT zu verwerfen hätte, das wäre nur eine Klage auf Feststellung ganz beliebiger Tatsachen.

Im übrigen würde, wenn je eine rechtsschutzunwürdige Tatsache dem Gericht klageweise unterbreitet würde und das Gericht diese Klage zuließe, der Schade nicht so groß sein, wie der heutige Zustand, bei dem wichtige Interessen verkümmern.

---

[1] Lehrb. $1^2$ § 49 IV.

[2] R. SCHMIDT a. a O., sowie Lehrb. $1^1$ § 29 a. E. — Vgl. oben S. 17 f.

Auch aus dem Gesichtspunkte der praktischen Durchführbarkeit der hier gegebenen Vorschläge läßt sich, wie mir scheint, diesen kein stichhaltiger Gegengrund entgegensetzen. Ist doch die informativprozessuale Tätigkeit als solche wesensgleich mit einem Teil der schon heute im Zivil- und im Strafprozeß geübten Justiztätigkeit.

Theoretisch wäre vielleicht der Einwand zu gewärtigen, daß ein Rechtsschutz, der nicht „Rechte schütze", ein Unding sei, ebensosehr, wie es der Begriff des „Tatsachenschutzes" sein würde. Dieser formalistische Einwand wäre aber mit Leichtigkeit zurückzuschlagen. Denn jedenfalls handelt es sich um Interessenschutz oder Persönlichkeitsschutz, und will man das dafür zu gewährende Klagerecht oder, wenn man selbst diesen Ausdruck perhorresziert, die Klagebefugnis oder rechtliche Klagemöglichkeit nicht als „Rechtsschutzanspruch" bezeichnen, so nenne man es eben anders: imploratio judicis oder sonstwie; es muß doch nicht notwendig jeder Prozeß „Rechtsschutz" im engeren Sinne sein. Ob man dann „Feststellungsansprüche" konstruieren will, ob man, wenn ja, diese als allgemeine publizistische Ausflüsse der Persönlichkeit oder als actus merae facultatis oder als konkrete subjektive Rechte[1] auffassen will, darüber mag sich die Theorie den Kopf zerbrechen.

So wüßte ich nicht, wie die Inkongruenz zwischen tatsächlich vorhandenen schutzeswürdigen Lebensinteressen und der heutigen Prozeßgesetzgebung in Abrede gestellt werden könnte, und nur darüber scheint mir Meinungsverschiedenheit möglich, in welchem Umfang und wie hier zu helfen sei. Ist dem aber so, dann wird auch hier zu gelten haben, daß, wo ein Wille, da auch ein Weg ist.

[1] Als eine „Potenz" eines anderweiten („materiellrechtlichen") Anspruchs könnte der reine Tatsachenfeststellungsanspruch natürlich nicht aufgefaßt werden.

# Quellenregister.


**St.G.B.** Seite

§ 11 . . . . . 28
§ 185 . . . . . 22
§ 186 . . . . . 9
§ 187 . . . . . 10
§ 199 . . . . . 28 A. 2
§ 361 [1] . . . . . 29 A. 2

**E.St.P.O.**

§ 6 . . . . . 30

**St.P.O.**

§§ 51 ff. . . . . 53
§ 170 II . . . . . 41
§ 202 . . . . . 32
§ 203 . . . . . 15 A. 3
§ 210 . . . . . 32
§ 401 . . . . . 46
§ 411 . . . . . 46
§ 416 . . . . . 52
§§ 477 ff. . . . . 34

**M.St.G.O.**

§ 360 I . . . . . 53

**Z.P.O.**

§ 256 . . . . 13, 24 f., 27, 44
§§ 383 ff. . . . . 88, 43, 53
§ 488 . . . . . 18 f.
§ 624 . . . . 1 A. 3 a. E., 2 A. 2

**F.G.G.**

§ 164 . . . . 19 A. 1, 23, 24

**B.G.B.** Seite

§ 824 . . . . . 12, 14 A. 3
§ 1034 . . . . . 19 A. 1
§ 1067 . . . . . 19 A. 1
§ 1093 . . . . . 19 A. 1
§ 1372 . . . . . 19 A. 1
§ 1439 . . . . . 19 A. 1
§ 1528 . . . . . 19 A. 1
§ 1550 . . . . . 19 A. 1
§ 1574 . . . . 1 A. 3 a. E., 2 A. 2
§ 2122 . . . . . 19 A. 1

**R.Verf.**

Art. 30 . . . . . 28
„ 31 . . . . . 30

**R.Ges. 27. Juli 1877**
(Seeunfälle) . . . . . 48

**Preuß.V. 2. Mai 1874**
(Offiz.-Ehrengerichte).

§ 1 [2] . . . . . 11 A. 1

**Ssp.**

II 14 . . . . . 40

**Preuß. A.L.R.**

II 20 § 595 . . . . . 13 A. 2

**Italien. Cod. pen.**

a. 394 . . . . . 12 A. 1

**Tessin. Cod. pen.**

a. 351 § 5 . . . . . 12 A. 1

**Schweiz. St.G.B.-Entw.**

1894, a. 170 II . . . . . 50 A. 2
1896, a. 193 III . . . . . 50 A. 2
1903, a. 102 V . . . . . 9 A. 6

**Franz v. Liszt**
**Berlin.**

# Das Problem der Kriminalität der Juden.

## 1.

Daß die Kriminalität der jüdischen Bevölkerung im Deutschen Reich durch eigenartige Züge von der der christlichen sich abhebt, ist eine längst bekannte und durch die Reichskriminalstatistik scharf beleuchtete Tatsache. Ich fasse hier die markantesten Züge zusammen.

1. Die allgemeine Kriminalität der Juden ist wesentlich günstiger als die der Christen. Schon im ersten Berichtsjahr der Reichskriminalstatistik (1882) konnte festgestellt werden, daß auf 100000 strafmündige Zivilpersonen der gleichen Religionsgesellschaft entfielen: 998 Verurteilte überhaupt; 944 Evangelische, 1078 Katholische; 991 Christen, 844 Juden. Für das Jahr 1901 sind die entsprechenden Ziffern: 1223 Verurteilte überhaupt, 1117 Evangelische, 1412 Katholische; 1222 Christen, 1053 Juden. Im Jahresdurchschnitt des ersten Jahrzehnts (1882 bis 1891): 1031 Verurteilte überhaupt; 963 Evangelische, 1153 Katholische; 1030 Christen, 784 Juden. Im Jahresdurchschnitt des zweiten Jahrzehnts (1892 bis 1901): 1207 Verurteilte überhaupt; 1122 Evangelische, 1361 Katholische; 1206 Christen, 1030 Juden. Es kommen im ersten Jahrzehnt mithin auf 100 verurteilte Juden: 159 verurteilte Katholiken, 131 verurteilte Christen; im zweiten Jahrzehnt auf 100 verurteilte Juden: 134 verurteilte Katholiken, 116 verurteilte Christen.

2. Die zuletzt angeführten Ziffern erwecken den Anschein, als habe sich die Kriminalität der Juden relativ, d. h. im Verhältnis zu der der Christen, von 1882 bis 1901 nicht unwesentlich verschlechtert. Das tritt noch deutlicher hervor, wenn die Kriminalität des ersten Jahrzehnts gleich 100 gesetzt wird. Dann beträgt die Zunahme der Verurteilungen im zweiten Jahrzehnt: bei den Evangelischen 16,5‰, bei den Katholischen 18,0, bei den Christen 17,1, bei den Juden dagegen 31,4.

Ein ganz anderes Ergebnis stellt sich jedoch heraus, wenn wir die einzelnen Jahre miteinander vergleichen. Wird die Kriminalität

des Jahres 1882 gleich 100 gesetzt, so beträgt im Jahre 1901 die Zunahme: bei den Evangelischen 118‰, bei den Katholischen 131, bei den Christen überhaupt 123,4; bei den Juden dagegen 124. Die Zunahme ist mithin bei den Juden in Wirklichkeit nicht größer als bei den Christen. Es muß daher die bei Vergleichung der beiden Jahrzehnte sich ergebende Verschlechterung der jüdischen Kriminalität auf ihr verschiedenes Verhalten in den einzelnen Jahren zurückgeführt werden. In der Tat stellt sich heraus, daß im ersten Jahrzehnt die Kriminalität der Juden relativ sogar etwas zurückgegangen ist; für 1882 haben wir 844, für 1891 dagegen 799 verurteilte Juden. Auch von 1896 bis 1901 haben wir nur geringfügige Schwankungen: 1051, 1076, 1038, 1018, 1033, 1053 verurteilte Juden auf je 100000 strafmündige Juden der Zivilbevölkerung. Die starke Zunahme der Ziffern fällt ausschließlich in die Jahre 1892 bis 1895; sie setzt, wenngleich ganz unbedeutend, schon mit dem Jahr 1889 ein.

Die Ziffern betragen:

1888: 764; 1889: 792; 1890: 793; 1891: 799.

Dagegen 1892: 862; 1893: 976; 1894: 1027; 1895: 1104.

Ich fasse das Ergebnis dahin zusammen:

Die jüdische Kriminalität ist von 1882 bis 1901 sehr starken Schwankungen ausgesetzt gewesen; sie war besonders ungünstig in den Jahren der wirtschaftlichen Depression, also von 1889 bis 1895.

3. Die Gesamtziffer der jüdischen Kriminalität setzt sich aus sehr ungleichen Komponenten zusammen: Die Kriminalität der Juden ist außerordentlich günstig bei gewissen Delikten, außerordentlich ungünstig bei anderen. Die Reichskriminalstatistik hat eine sehr interessante Berechnung gegeben. Wenn wir die durchschnittliche Kriminalität der Christen in den Jahren 1892 bis 1901 gleich 100 setzen, so beträgt die jüdische Kriminalität: 1400 bei strafbarem Eigennutz (d. h. sie ist relativ 14mal so stark wie die der Christen), 1300 bei Wucher, 1100 bei Vergehen gegen das geistige Eigentum, 890 bei betrügerischem Bankerott, 730 bei verbotener Beschäftigung von Arbeiterinnen und Jugendlichen, 680 bei Verletzung von Sonntagsruhe und Ladenschluß, 610 bei den Konkursdelikten außer Bankerott, 580 bei Delikten gegen die Viehseuchengesetzgebung, 490 bei Hehlerei im Rückfall, 470 bei Nahrungsmittelfälschung, 400 bei gewerbs- und gewohnheitsmäßiger Hehlerei, 360 bei Zweikampf, 340 bei Unterdrückung von Urkunden, 330 bei Verletzung fremder Geheimnisse usw. Sie bleibt dagegen weit hinter der christlichen Kriminalität zurück bei anderen Delikten; ganz besonders mit 33 (gegen 100) bei gefährlicher Körperverletzung, 33 bei schwerem Diebstahl, 30 bei Gewalt und Drohung gegen Beamte, 24 bei einfachem Rückfallsdiebstahl, 24 bei

Sachbeschädigung, 23 bei Widerstand gegen die Staatsgewalt, 22 bei schwerem Rückfallsdiebstahl, 21 bei Blutschande, 21 bei Raub und räuberischer Erpressung, 20 bei fahrlässiger Eisenbahngefährdung, 18 bei Brandstiftung, 18 bei Amtsvergehen, 16 bei schwerer Körperverletzung, 13 bei Befreiung von Gefangenen, 2,9 bei Jagd- und Fischereivergehen. Wegen gewisser Delikte ist in dem ganzen Jahrzehnt überhaupt keine einzige Verurteilung eines Juden vorgekommen: so wegen Hoch- und Landesverrat, wegen Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens, wegen Unzucht unter Mißbrauch eines Vertrauensverhältnisses; wegen Mord, Tötung auf Verlangen, Kindestötung, Aussetzung, wegen Schlägerei, Vergiftung, Menschenraub, Entführung; wegen vorsätzlicher Gefährdung eines Eisenbahntransportes, Sprengstoffdeliktes, passiver Bestechung.

## 2.

Es lag sehr nahe, die Ursache dieser auffallenden Verschiedenheit zwischen der jüdischen und der christlichen Kriminalität in der besonderen Berufsstellung der jüdischen Bevölkerung zu suchen.

Daß die Religion als solche nicht in Betracht kommen kann, hat die Reichskriminalstatistik wiederholt hervorgehoben. Es ist ja auch klar, daß die äußere Zugehörigkeit zu dieser oder jener Religionsgesellschaft — und nur diese, nicht aber die innere Religiosität vermag die Statistik überhaupt festzustellen — für die kriminelle Betätigung gleichgültig bleiben muß. Auch der Gedanke, die jüdische Kriminalität als Rassenkriminalität aufzufassen, mußte abgelehnt werden. Denn die jüdische Kriminalität weist nicht nur innerhalb des Deutschen Reiches, besonders innerhalb Preußens, in der ersten und in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ganz verschiedene Züge auf, sondern sie ist auch in demselben Zeitraum ganz verschieden in den verschiedenen Ländern; sie zeigt z. B. in den Niederlanden heute dieselben Eigentümlichkeiten wie im Deutschen Reich, gestaltet sich aber völlig abweichend in Österreich, Ungarn, Rußland. Nicht die Rasseneigentümlichkeit, sondern die gesellschaftliche Lage der Rasse muß daher als ausschlaggebend betrachtet werden.

Um die im allgemeinen günstige Gestaltung der jüdischen Kriminalität zu erklären, genügt es, auf die bekannte, hier nicht mit Ziffern zu belegende Tatsache hinzuweisen, daß die jüdische Bevölkerung in bezug auf Bildung und Wohlstand durchschnittlich günstiger gestellt ist als die christliche, ganz besonders als die katholische. Aber dieser Hinweis macht gerade die teilweise ungünsti-

gere Stellung der Juden doppelt auffallend und legt die Notwendigkeit einer weiteren Untersuchung besonders nahe.

Die Annahme, daß die jüdische Kriminalität Berufskriminalität sei, also in der eigenartigen Erwerbsstellung der jüdischen Bevölkerung ihren Grund habe, kann, logisch betrachtet, nur unter einer doppelten Voraussetzung zutreffen. Es muß erstens die Beteiligung der verschiedenen Berufe an der Kriminalität überhaupt eine verschiedene sein; es muß zweitens die Verteilung auf die verschiedenen Berufe bei den Juden sich anders gestalten als bei den Christen. Daß beide Voraussetzungen zutreffen, hat die wissenschaftliche Untersuchung in den letzten Jahren außer Zweifel gestellt.

Die spezifische Kriminalität der verschiedenen Berufe hat Lindenau in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XXIV 381 in anschaulicher Weise dargestellt. Nehmen wir beispielsweise an, die landwirtschaftliche Bevölkerung des Deutschen Reiches mache $^1/_3$ der Gesamtbevölkerung, aber nur $^1/_{30}$ der Verurteilten aus, so beträgt die wirkliche Kriminalität der landwirtschaftlichen Bevölkerung nur $^1/_{10}$ derjenigen Kriminalität, die wir nach der zahlenmäßigen Stärke dieser Bevölkerungsgruppe zu erwarten berechtigt wären. Oder anders ausgedrückt: Wird die „Soll-Kriminalität" der landwirtschaftlichen Bevölkerung gleich 1 gesetzt, so beträgt ihre „Ist-Kriminalität" nur 0,1. Aus der von Lindenau berechneten Tabelle ergibt sich nun, unter Zugrundelegung der Berufszählung von 1895 und der Kriminalstatistik für die Jahre 1890 bis 1894, daß in der Tat die verschiedenen Berufe eine ganz verschiedene Kriminalität aufweisen; und ferner, daß innerhalb desselben Berufs die Kriminalität der selbständig Erwerbtätigen und die der Gehilfen ganz wesentlich voneinander abweicht. Ich hebe aus den Ziffern dieser Tabelle nur einige wenige hervor, die für unsere Frage von Bedeutung sind. Bei den selbständigen Industriellen überwiegen: Wucher mit 2,16, Meineid mit 1,80; bei den Gehilfen (also den industriellen Arbeitern): Gewalt und Drohung gegen Beamte mit 2,73, Unzucht mit Gewalt mit 2,55, gefährliche Körperverletzung mit 2,43. Bei den Selbständigen in Handel und Verkehr sind die hauptsächlich begangenen Delikte: Wucher mit 26,0 (sie sind also 26mal so stark vertreten, als wir nach ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung erwarten sollten), Betrug mit 3,65, Meineid mit 3,09, Hehlerei mit 2,96; bei ihren Gehilfen: Unterschlagung mit 3,12, Betrug mit 2,46.

Ebenso unzweifelhaft wie die verschiedene Kriminalität der einzelnen Berufe ist auch die verschiedene Verteilung auf die einzelnen Berufe bei den Christen einerseits, bei den Juden andererseits. Das ergibt sich aus der folgenden Zusammenstellung. Nach der Zählung von 1895 kamen auf die Berufsgruppe

| | | | |
|---|---|---|---|
| Landwirtschaft: | 34,19‰ der Gesamtbevölkerung, | 1,38 der jüdisch. Bevölkerung |
| Industrie: | 34,15 „ „ „ | 18,80 „ „ „ |
| Handel: | 9,64 „ „ „ | **54,16** „ „ „ |
| Selbständ. ohne Beruf: | 8,84 „ „ „ | 16,30 „ „ „ |
| Öffentliche Dienste und freie Berufsarten: | 5,88 „ „ „ | 5,99 „ „ „ |
| Häusliche Dienstboten: | 5,52 „ „ „ | 2,61 „ „ „ |
| Lohnarbeiter wechselnder Art: | 1,78 „ „ „ | 0,36 „ „ „ |

Und innerhalb der drei ersten Gruppen ist der Prozentsatz der selbständigen Erwerbstätigen in der jüdischen Bevölkerung wesentlich höher als in der Gesamtbevölkerung. Von dieser kommen auf 100 Erwerbstätige: 28,94 Selbständige, 3,29 Angestellte, 67,77 Arbeiter; dagegen sind unter 100 erwerbstätigen Juden: **57,61** Selbständige, 11,29 Angestellte, 31,10 Arbeiter. Da also die Juden überwiegend am Handel und Verkehr beteiligt sind und hier wiederum überwiegend in selbständiger Stellung sich befinden, muß angenommen werden, daß die spezifische jüdische Kriminalität sich mit der spezifischen Kriminalität der Selbständigen in Handel und Verkehr decken müßte. In der Tat ergibt der Vergleich der jüdischen Kriminalität mit der christlichen schon bei oberflächlicher Betrachtung, daß an den Schoßdelikten der selbständig Handeltreibenden: Wucher, Betrug, Meineid, auch die jüdische Bevölkerung wesentlich stärker als die christliche beteiligt ist. Die Vermutung, daß die jüdische Kriminalität im wesentlichen Berufskriminalität ist, scheint also in den Zahlenreihen der Kriminalstatistik ihre Bestätigung zu finden.

## 3.

Es ist das Verdienst eines jüngeren bayrischen Statistikers, Rudolf Wassermann, in einer vor kurzem erschienenen Schrift „Beruf, Konfession und Verbrechen. Eine Studie über die Kriminalität der Juden in Vergangenheit und Gegenwart", die Untersuchungen über die jüdische Kriminalität auf eine neue und zuverlässige statistische Grundlage gestellt zu haben. Er sucht zunächst die „Soll-Kriminalität" der Juden zu berechnen, indem er ihre Beteiligung an den verschiedenen Berufen mit der spezifischen Kriminalität dieser Berufe in Verbindung setzt, und den so gewonnenen „beruflichen Kriminalitätsfaktor der Juden" mit dem auf dieselbe Weise gewonnenen „beruflichen Kriminalitätsfaktor der Christen" vergleicht; er stellt dann die „Ist-Kriminalität" der Juden im Verhältnis zu der der Christen fest; und gelangt endlich zu der Gleichung: Die Soll-Kriminalität der Juden verhält sich zu der Ist-Kriminalität der Juden, wie 1 : x. Die spezifische Kriminalität der Juden (x) ergibt sich also,

wenn wir die Ist-Kriminalität der Juden durch ihre Soll-Kriminalität dividieren.

Wassermann hat also die von Lindenau angewendete Methode erweitert, indem er zu den beiden von diesem in Betracht gezogenen Faktoren des Berufes und der Kriminalität noch einen dritten in Beziehung bringt, den der Verteilung der Juden auf die verschiedenen Berufe. Damit gewinnen wir für die jüdische Kriminalität einen exakten und zugleich anschaulichen Ausdruck. Wenn wirklich, wie wir bisher angenommen haben, die jüdische Kriminalität nichts ist als Berufskriminalität, wenn also, um es populärer auszudrücken, der jüdische Kaufmann von dem christlichen Kaufmann in Beziehung auf die Kriminalität sich nicht unterscheidet, so muß die spezifische Kriminalität der Juden verschwinden, d. h., sie muß sein: = 1. Bleibt die von uns mit Wassermanns Methode gewonnene Ziffer hinter 1 zurück, so ist die wirkliche Kriminalität der Juden im allgemeinen oder bei bestimmten Delikten geringer als die von uns erwartete; ist die Ziffer größer als 1, so wird die Soll-Kriminalität durch die Ist-Kriminalität übertroffen. In dem einen wie in dem anderen Fall kann also die jüdische Kriminalität nicht als bloße Berufskriminalität angesprochen werden; wir müssen vielmehr andere Faktoren heranziehen, um uns die Abweichung, sei es nach der guten, sei es nach der schlimmen Seite hin, zu erklären.

Wassermann hat diese Berechnung nur für drei kleinere Zeiträume und nur für 10 Delikte durchgeführt; seine Ziffern bedürfen also nach beiden Richtungen hin der Ergänzung. Immerhin sind die von ihm vorgelegten Ergebnisse von hohem Interesse. Ich bringe zunächst Wassermanns Ziffern für 1895. Danach beträgt die spezifische jüdische Kriminalität: im allgemeinen 0,87, bei Gewalt und Drohung gegen Beamte 0,34, bei Meineid 1,23 (nach meiner Nachprüfung liegt hier ein Rechnungsfehler vor, der die Ziffern als zu niedrig erscheinen läßt), bei Unzucht mit Gewalt 1,17, bei gefährlicher Körperverletzung 0,72, bei Diebstahl 0,57, bei Unterschlagung 0,72, bei Hehlerei 0,84, bei Betrug 1,409, bei Wucher 3,71, bei Brandstiftung 4,19 (diese letzte Ziffer ist wegen der geringen absoluten Zahlen ohne Wert).

Außerdem gibt Wassermann die Ziffern (teilweise) für die Jahre 1882/89, wie für die Jahre 1899/1902. Im großen und ganzen stimmen sie mit den für 1895 gewonnenen überein. Im einzelnen hebe ich hervor:

Die spezifische Kriminalität der Juden beträgt

| | | | |
|---|---|---|---|
| bei Wucher | 1882/89: 2,8 ; | 1895: 3,71; | 1899/1902 1,85; |
| bei Betrug | „ 1,5 ; | „ 1,4 ; | „ 1,34; |
| bei Meineid | „ 1,16; | „ 1,23; | „ 1,09; |
| bei Unzucht mit Gewalt | „ 1,08; | „ 1,175; | „ 0,91. |

Auf die interessanten Betrachtungen, die WASSERMANN an seine Ziffern knüpft, gehe ich hier nicht ein. Es kommt mir vielmehr darauf an, zu betonen, daß nach meiner Überzeugung durch die Berechnungen von WASSERMANN das Problem nicht gelöst, sondern erst gestellt ist. Aus seinen Ziffern ergibt sich nämlich für mich die unabweisliche Folgerung: Die bisherige Annahme, daß die jüdische Kriminalität als Berufskriminalität restlos erklärt werden könne, trifft nicht zu. Anders ausgedrückt: Der jüdische Kaufmann steht seinem christlichen Berufsgenossen in bezug auf die Kriminalität nicht gleich; er steht in mancher Beziehung besser, in anderer aber wieder schlechter da als dieser.

Mag immerhin die Abweichung von der Soll-Kriminalität (1) nach oben wie nach unten nicht sehr beträchtlich erscheinen: bei dieser genauen Berechnungsweise sind bereits kleine Abweichungen von Bedeutung. Die günstigere Stellung der Juden kann wohl durch den Hinweis auf die Faktoren Bildung und Wohlstand ausreichend erklärt werden. Wenn aber bei Wucher, Betrug, Meineid die spezifische jüdische Kriminalität mehr als 1 beträgt, so muß für diese Erscheinung nach ihren Ursachen gesucht werden. Man vergesse dabei nicht, daß von denjenigen Delikten, an denen nach der oben wiedergegebenen Zählung die Juden wesentlich stärker als die Christen beteiligt sind, nur ganz wenige VON LINDENAU wie WASSERMANN in die Berechnung aufgenommen worden sind; es fehlen Bankrott und Nahrungsmittelfälschung, die Delikte gegen das geistige Eigentum, der strafbare Eigennutz und viele andere. Eine hohe Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß auch bei diesen Delikten die jüdische Ist-Kriminalität größer ist als die Soll-Kriminalität, die sich aus der Verteilung der jüdischen Bevölkerung auf die verschiedenen Berufsgruppen ergibt.

Welches nun die Faktoren sind, durch welche die Kriminalität der Juden, trotz ihrer günstigen Stellung inbezug auf Bildung und Wohlstand ungünstig beeinflußt werden, darüber lassen sich heute nur Vermutungen anstellen. WASSERMANN selbst weist mit Recht darauf hin, daß die Verschiedenheit der Kriminalität in Stadt und Land hier eine wichtige Rolle spielen dürfte. Da die städtische Kriminalität gewisse Eigentümlichkeiten gegenüber der ländlichen Kriminalität aufweist, da die jüdische Bevölkerung auch relativ in den Städten viel stärker vertreten ist als auf dem Lande, muß wohl angenommen werden, daß ihre Kriminalität die ausgeprägten Züge der städtischen Kriminalität trägt. Aber der ziffernmäßige Nachweis für die Richtigkeit dieser Annahme steht noch aus. Und es ist nicht ausgeschlossen, daß selbst, wenn auch dieser Faktor mit in Rechnung gestellt wird, immer noch Abweichungen übrigbleiben, die einer weiteren Aufklärung bedürfen.

## 4.

Eine restlose Erklärung der jüdischen Kriminalität aus den sie bestimmenden Ursachen wäre aber von der größten Wichtigkeit nicht bloß für die Kriminalsoziologie, sondern für die Gesellschaftswissenschaft überhaupt. Für die gesamte Soziologie ist die Auffassung von grundlegender Bedeutung, daß das Leben der Gesellschaft in dem Leben der gesellschaftlichen Gruppen besteht. Wie in diesen Gruppen und in den Beziehungen dieser Gruppen zueinander das ganze wirtschaftliche Leben des gesellschaftlichen Körpers, Erzeugung, Verteilung, Konsumtion der wirtschaftlichen Güter, sich abspielt, so setzen sich auch alle Bewußtseinsvorgänge der „Gesellschaft" zusammen aus den Bewußtseinsvorgängen innerhalb der Gruppen. Alle rechtlichen, sittlichen, religiösen Überzeugungen, alle Werturteile, alle nach Verwirklichung drängenden Forderungen der „Gesellschaft" sind Überzeugungen, Urteile, Forderungen der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen. Ist das richtig, dann müssen aber auch alle sozialpathologischen Erscheinungen, es muß ganz besonders auch die Kriminalität aus der Lebensbetätigung der Gruppen heraus erklärt werden können. Die Veränderungen, die sich in der Lebensbetätigung jeder einzelnen gesellschaftlichen Gruppe vollziehen, und die Veränderungen in dem Verhältnis der verschiedenen Gruppen zueinander: sie bilden die Ursache für alle Veränderungen im Leben der Gesellschaft, sie bilden die Ursache auch für die Bewegung der Kriminalität. Wieweit unsere amtliche wie unsere wissenschaftliche Kriminalstatistik von dieser Erkenntnis noch entfernt ist, bedarf hier keiner Ausführung. Die Kriminalität der beiden Geschlechter, die Beteiligung der verschiedenen Altersstufen hat sie gründlich untersucht; der geographischen Verteilung der Kriminalität hat sie auf Grund der rein willkürlichen Einteilung der Gerichts- und Verwaltungsbezirke besondere Aufmerksamkeit gewidmet; die Kriminalität der Städte und des flachen Landes, die Konfessionskriminalität, die Berufskriminalität ist von ihr da und dort berücksichtigt worden: im großen und ganzen aber arbeitet sie heute wie vor 70 oder 80 Jahren mit den großen Durchschnittszahlen. — Es sei ohne weiteres zugegeben, daß die statistische Erfassung der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen in ihrer kriminellen Betätigung große, teilweise kaum überwindliche Schwierigkeiten bietet; daß auch die von mir wiederholt und da und dort mit Erfolg verlangte monographische Untersuchung einzelner in sich geschlossener geographischer Gebiete bisher mehr Anregungen als Ergebnisse gebracht hat. Das darf uns nicht abhalten, auf der ganz bestimmten Stellung des Problems und seiner allmählichen Lösung zu bestehen.

Die Kriminalität der Juden bildet nur einen kleinen Ausschnitt aus dem umfassenden Problem der Gruppenkriminalität. Aber die Frage nach den Ursachen für die eigenartigen Züge, die uns die jüdische Kriminalität bietet, ist durchaus geeignet, uns die Bedeutung des Gesamtproblems klarzumachen und uns seiner Lösung näher zu bringen. Welchen Einfluß Rasse und Erwerbstätigkeit, Bildung und Wohlstand, gegenwärtige gesellschaftliche Stellung und die Nachwirkung einer noch nicht weit zurückliegenden Vergangenheit oder andere Faktoren ausüben, kann gerade bei dieser gesellschaftlichen Gruppe leichter als bei anderen nationalen, politischen, wirtschaftlichen, religiösen, ständischen Gruppen klargelegt werden. Daß sich auch die Parteileidenschaft der Frage bemächtigt hat, muß der Wissenschaft ein Ansporn sein, ohne Liebe und ohne Haß — es sei denn die Liebe zur Wahrheit und der Haß gegen ihre Entstellung — an die Untersuchung heranzutreten.

**Joseph Heimberger**
**Bonn.**

# Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit.

**Ein geschichtlicher Beitrag.**

# Inhaltsverzeichnis

Seite

**Einleitung** . . . . . 5

**1. Die italienischen Praktiker** . . . . . 6

**1. Amtspflicht und Befehl des Vorgesetzten** . . . . . 7
**2. Erziehungs- und Zuchtgewalt** . . . . . 9
**3. Ärztliches Handeln** . . . . . 12
a. Heilbehandlung . . . . . 12
b. Tötung und Abtreibung der Leibesfrucht zur Rettung der Mutter . . . . . 13
c. Leichenraub zum Zweck anatomischer Studien . . . . . 16

**2. Die Zeit des gemeinen Rechts** . . . . . 17

**1. Die Gesetzgebung** . . . . . 17
a. Amtsbefugnis und Befehl . . . . . 17
b. Züchtigungsrecht . . . . . 20
c. Sonstige Fälle . . . . . 21
**2. Die Literatur** . . . . . 22
a. Die Kommentare zur C. C. C. . . . . 22
b. Die sonstige Literatur . . . . . 24
α. Conclusiones und ähnliche Werke . . . . . 24
β. Lehrbücher . . . . . 26
γ. Dissertationen . . . . . 28

**3. Die Zeit der deutschen Partikularrechte des 19. Jahrhunderts** . . . . . 29

**1. Die Gesetzgebung** . . . . . 29
**2. Die Literatur** . . . . . 32
1. Der Befehl . . . . . 35
2. Amtliche Befugnis . . . . . 39
3. Erziehungs- und Zuchtgewalt . . . . . 40
4. Ärztliches Handeln . . . . . 40
a. Heilbehandlung . . . . . 40
b. Tötung und Abtreibung der Leibesfrucht zur Rettung der Mutter . . . . . 41

Hier, im Texte und in den Noten sind die am Fuße der Seiten stehenden Seitenzahlen gemeint.

# Einleitung.

Bei den rechtsvergleichenden Vorarbeiten zum allgemeinen Teil eines neuen deutschen Strafgesetzbuches ist mir zur Bearbeitung ein Abschnitt aus der Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit zugefallen, speziell die Erörterung der „Berufsrechte und verwandten Fälle". Unser geltendes St.G.B. äußert sich nicht über die Frage, ob und inwieweit eine sonst strafbare Handlung dadurch ihre Rechtswidrigkeit verliere, daß sie in Ausübung eines Berufes oder einer anderen rechtmäßigen Tätigkeit vorgenommen werde. Es überläßt die Beantwortung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis. Wenn nun irgendwo, dann ist es bei solchen gesetzlich nicht geregelten Materien für die Feststellung dessen, was Rechtens ist oder sein sollte, von Bedeutung, die Entwicklung klarzulegen, welche die Behandlung des betreffenden Rechtsstoffs in der früheren Gesetzgebung und Literatur genommen hat. Ich habe versucht, für meinen Stoff dieser Entwicklung von der Carolina bis zur Zeit vor Erlassung des Reichsstrafgesetzbuches nachzugehen. Wenn ich hierbei auf die Werke der italienischen Praktiker zurückgegriffen habe, so beruht dies darauf, daß jene, wie bekannt, fast in allen Gebieten der Strafrechtswissenschaft auf die deutsche Literatur und Gesetzgebung weitreichenden Einfluß geübt haben und daher auch hier in Betracht gezogen werden müssen.

Das Ergebnis meiner Untersuchungen in einer der Juristenfakultät zu Gießen gewidmeten Festschrift niederzulegen, scheint mir nicht unberechtigt; denn die Gießener juristische Fakultät hat schon vor Jahren ihr besonderes Interesse an der Lehre von Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch eine Preisfrage bekundet, deren Stellung einen wertvollen Beitrag zur Geschichte jener Lehre entstehen ließ.[1]

[1] Rudolf Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des St.G.B. für das Deutsche Reich. Eine von der Juristenfakultät zu Gießen gekrönte Preisschrift. Erlangen 1878.

Leider entspricht die Ausbeute, welche zu erzielen war, nicht der Mühe, die auf die Untersuchung verwendet werden mußte. Es hängt dies damit zusammen, daß bei der Lehre, um welche es sich hier handelt, Jahrhunderte hindurch von einer wirklichen „Entwicklung" kaum gesprochen werden kann. Es sind immer die gleichen Fälle und Gedanken, die in Praxis und Theorie unverändert sich forterben. Selten wird ein neuer Gesichtspunkt flüchtig gestreift. Erst die Literatur des 19. Jahrhunderts zeigt einigen Aufschwung. Trotzdem scheint mir die aufgewendete Mühe nicht vergeblich. Es wirft die zusammenhängende geschichtliche Untersuchung der hier in Betracht kommenden Fragen, die ja doch einmal unternommen werden mußte, ein Licht auf den Stand der kriminalistischen Gesetzgebung und Literatur früherer Jahrhunderte; außerdem erbringt die negative Feststellung, wie wenig unsere Vorfahren in diesen Fragen vorgearbeitet haben, wenigstens zum Teil eine Erklärung dafür, warum auch unsere heutige Literatur — trotz allen Fleißes und Scharfsinns — noch nicht zu abschließenden Ergebnissen hat gelangen können.

## 1. Die italienischen Praktiker.

Eine zusammenhängende Lehre von den Gründen, welche eine an sich strafbare Handlung als straflos erscheinen lassen, findet sich bei den italienischen Praktikern nicht, noch weniger natürlich eine systematische Darstellung dessen, was wir heute im besonderen unter der Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit verstehen. Man begnügt sich mit der Aufführung und Erörterung einzelner Fälle, bei denen es sich nach heutiger Ausdrucksweise teils um Gründe handelt, welche die Schuld, teils um solche, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, teils auch um Strafaufhebungsgründe wie Begnadigung und Verjährung.

Im Hinblick auf den Zweck dieser Abhandlung sind nur solche Gesichtspunkte berücksichtigt worden, welche nach heutiger Lehre für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in Betracht kommen. Gar manche von ihnen, mit welchen sich die Italiener unter Aufbietung alles möglichen Scharfsinnes beschäftigen, haben jetzt ihre Bedeutung vollständig verloren. So nimmt in den Werken der Italiener einen großen Raum die Behandlung der Frage ein, ob und unter welchen Umständen die Tötung eines Geächteten (bannitus) erlaubt sei, mit anderen Worten, ob die Rechtlosigkeit des Getöteten seine Tötung als rechtmäßig erscheinen lasse. Für unser geltendes Recht ist, da wir keine allgemeine Rechtlosigkeit kennen, diese Frage aus der Debatte ausgeschieden. Ebensowenig sind für uns von Bedeutung

die eingehenden Erörterungen der Italiener darüber, ob der nächtliche Dieb, dann, ob und unter welchen Voraussetzungen Ehebrecher und Ehebrecherin von dem gekränkten Gatten oder von dem Vater der ehebrecherischen Tochter straflos getötet werden dürfen.

Dagegen bleibt eine Reihe anderer Fragen übrig, deren Behandlung durch die Italiener uns interessiert.

### 1. Amtspflicht und Befehl des Vorgesetzten.

Solange es geordnete Gemeinwesen gibt, bestehen in denselben Ämter mit der Aufgabe, für die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung nach ihren verschiedenen Richtungen hin zu sorgen. Da diese Aufgabe häufig nur unter Anwendung von Zwang und Gewalt erfüllt werden kann, versteht es sich von selbst, daß dem Träger des Amts mit dem Amte auch die Pflicht und das Recht zur Vornahme der Handlungen übertragen sein muß, welche die Durchführung seiner Aufgabe von ihm fordert. Nicht minder selbstverständlich ist es, daß der Beamte für die Eingriffe in fremde Rechtskreise, die mit der pflichtmäßigen Verwaltung seines Amtes notwendig verbunden sind, nicht zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden kann. Ebenso konnte nie ein begründeter Zweifel darüber bestehen, daß der Untergebene, soweit seine Gehorsamspflicht gegenüber dem Vorgesetzten reicht, für die Befolgung der ihm erteilten Befehle nicht haftbar zu machen ist.

Diese aus der Natur der Sache sich ergebenden Grundsätze finden sich schon im Römischen Recht an verschiedenen Stellen betont: L. 13 § 1 D. de injur. 47, 10: Is qui jure publico utitur, non videtur injuriae faciendae causa hoc facere: juris enim executio non habet injuriam. L. 167 § 1 D. de reg. jur. 50, 17: Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet. L. 169 pr. D. de reg. jur. 50, 17: Is damnum dat, qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. Die italienischen Praktiker schöpfen aus der römischen Quelle. Ihre Erörterungen beziehen sich zumeist auf die Amtshandlungen der Richter und der Verwaltungsbeamten, auch der Personen, welche in der Strafvollstreckung tätig werden, ferner auf die im Gefecht durch Soldaten geschehenen Verletzungen und Tötungen. Doch unterscheiden sie nicht immer zwischen Amtspflicht und Befehl; sie vermischen beides, indem sie die einzelne Amtshandlung auf den Befehl des Fürsten zurückführen und so die in der Übertragung des Amtes liegende Berechtigung zur Wahrnehmung der Amtsbefugnisse insgesamt manchmal ganz außer Betracht lassen.

Die Straflosigkeit der in Frage stehenden Handlungen begründen die Italiener mit dem Zwange, dem der Beamte bezw. Unter-

gebene infolge seines Amtes oder Unterordnungsverhältnisses unterliege. So sagt schon ALBERTUS DE GANDINO († 1290): Non sequitur punitio pro occiso in proelio nec pro occiso jussu regis; nam necessitas officii excusat,[1] und AEGIDIUS BOSSIUS († 1546) beruft sich für den gleichen Fall auf den römischrechtlichen Satz: Ejus nulla est culpa, cui necesse est parere.[2] Nicht sowohl auf den Zwang, welcher in der Amtspflicht liegt, als auf das Amtsrecht gründet Prosper Farinacius († 1618) die Straflosigkeit der Amtshandlung: Injuriarum poena non habet locum in eo, qui vel jure publico utitur vel aliquid auctore praetore facit; is enim ad poenam non tenetur et multo minus ad injuriarum actionem pertinent, quae jure potestatis a magistratu fiunt. Juris enim executio non habet injuriam.[3] Farinacius bringt dadurch zum Ausdruck, daß die in fremde Rechtskreise eingreifende Amtshandlung nichts Rechtswidriges an sich trage, während von den anderen Juristen Amt und Befehl mehr als bloße Schuldausschließungsgründe angesehen zu werden scheinen.

Im Anschluß an BONIFACIUS DE VITELLINIS († 1340)[4] sucht FARINACIUS[5] eine scharfe Grenze zwischen strafloser Amtshandlung und strafbarem Privatunrecht des Beamten zu ziehen. Der erstere setzt den Fall, daß eine Partei gegen das richterliche Urteil appelliere und dafür vom Richter beschimpft oder geprügelt werde. In solchem Fall erklärt er den Richter für strafbar, und FARINACIUS sagt, daß der Beamte hier nur als Privatmann im Vertrauen auf sein Amt handle oder rede, daß ihn aber sein Amt nicht decke. Dagegen meint er, daß der Beamte dann nicht belangt werden könne, wenn er animo corrigendi ein beleidigendes Wort gebraucht habe.

Einige Schriftsteller führen einzelne Klassen der Personen auf, denen vermöge ihres Amtes eine Befugnis zum Eingriff in fremde Rechte zustehe. BONIFACIUS DE VITELLINIS nennt als solche illas personas, quibus cura data est et potestas puniendi et cognoscendi, ut sunt praesides provinciarum et alii barones et rectores terrarum, qui ad hoc tales sunt deputati. Auch des Henkers gedenkt er mit den Worten: „Item notandum, quod ille, qui truncat caput vel membrum vel laqueo suspendit, non peccat nec sanguinem effundit, si mandato praesidis vel rectoris hoc facit."[6] Ähnlich äußert sich DAMHOUDER,

[1] ALBERTUS DE GANDINO, Libellus super maleficiis (Ausgabe Florenz 1532), Rubrica de penis reorum num. 60 „pene (poenae) quando quis non subjaceat propter delictum." Ebenda num. 3: „Item fallit (d. h. Strafe findet nicht statt) in judice, qui aliquem occidi fecit."

[2] BOSSIUS, Tractatus varii, Lugduni 1575. Tit. de homicidio num. 95.

[3] FARINACIUS, Variarum quaestionum lib. III (1610) quaest. 105 num. 130.

[4] Tractatus de maleficiis (Florenz 1532), Rubrica de injuriis num. 29 u. 30.

[5] Var. quaest. lib. III. quaest. 105 num. 131.

[6] Tractatus de maleficiis, Rubrica quis alium possit offendere num. 1 u. 3.

den ich in diesem Zusammenhang, wenn er auch nicht Italiener ist, dennoch nennen möchte: „Occidere item licet ei, cui hoc ex Judicis authoritate commissum est, ministro nempe justitiae: veluti tortoribus, lictoribus et carnificibus."[1]

## 2. Erziehungs- und Zuchtgewalt.

Daß in Sachen der Erziehung und der Disziplin nicht immer nur durch Anwendung freundlicher Worte das erstrebte Ziel erreicht werden kann, ist eine Tatsache, die als richtig erkannt ist, seitdem Menschen erzogen und zur Pflichterfüllung angehalten werden. Auch wo kein Gesetzgeber dem Erzieher die Rute in die Hand drückt, nötigt sie ihm das Bedürfnis im täglichen Leben auf, und selten hat man daran gedacht, dem Vater, dem Lehrer oder sonstigen Erzieher den Gebrauch der Rute oder anderer geeigneter Zuchtmittel als eine rechtswidrige Handlung zu untersagen. Von jeher ist in der Literatur das Recht ihrer Anwendung zu Erziehungs- und Disziplinarzwecken anerkannt worden; nur hat man selbstverständlich jede Überschreitung des gebotenen Maßes für unberechtigt betrachtet.

Die italienischen Praktiker nennen als zulässige Erziehungs- und Disziplinarmittel die castigatio und die detentio in carcere.

Das Maß der zulässigen Züchtigung bezeichnen sie meistens mit den Worten cohercitio modica,[2] leviter oder moderate corrigere et castigare,[3] moderata castigatio[4] und dgl. Die Strafbarkeit einer übermäßigen Züchtigung, eines excedere modum in castigando, nimis severiter castigare, graviter et atrociter verberare,[5] wird allseitig betont. Ob eine Überschreitung vorliegt, hat der Richter zu beurteilen. Er wird eine solche z. B. dann annehmen, wenn der Lehrer zur Züchtigung etwa ein Eisen statt eines Holzes benützt, oder wenn er zwar ein Holz, aber dieses zu scharf und hart oder an einem ungeeigneten Körperteil angewendet hat.[6] In der Überschreitung sieht man nur ein fahrlässiges Delikt, das der Richter mit einer poena arbitraria

[1] Damhouder, Praxis rerum criminalium, Antverpiae 1570 cap. 81 num. 10.

[2] Albertus de Gandino a. a. O. Nr. 60. Bonifacius de Vitellinis a. a. O. Rubrica „Quibus concessa est correctio".

[3] Julius Clarus († 1575), Sententiarum liber V (oder Practica criminalis). § Finis. Quaest. LVI, quid si reus contendat se id, de quo imputatur, licite facere potuisse.

[4] Jacobus Menochius († 1607), De arbitriis judicum quaestionibus et causis (Ausgabe Coloniae Allobrogum 1672) liber II casus 364.

[5] An den angegebenen Stellen und bei Farinacius a. a. O. lib. III quaest. 105 n. 133.

[6] Menochius a. a. O. cas. 364 num. 13. Farinacius a. a. O. Angelus Aretinus († 1450), tractatus de maleficiis (Ausgabe von 1530), schließt aus der Art der Züchtigung auf ihren Zweck und erklärt sie je nach diesem für straflos oder strafbar. Er sagt in verbo „admenatio" num. 2: „. . . ex qualitate instrumenti, cum quo percussit

Ehemann gegenüber der Ehefrau, Herr und Herrin gegenüber dem Gesinde als Inhaber dieses Rechtes erklärt werden; hat man es ihnen doch bei uns bis ins 19. Jahrhundert hinein vielfach eingeräumt. Aber man geht noch viel weiter: Eine Zuchtgewalt legt man auch allen Vorgesetzten (majores) gegen die Untergebenen (inferiores) bei, den Beamten (magistratus) gegen die Untertanen (subditi), den Äbten gegen ihre Mönche, den Bischöfen wie allen anderen Prälaten gegen ihre Kleriker, dann aber auch dem älteren Bruder gegen den jüngeren, überhaupt jedem älteren Verwandten gegen den jüngeren, ja sogar jeder älteren, auch nicht verwandten Person gegen die jüngere, wenn die Züchtigung nur corrigendi causa stattfindet.[1]

Bei näherem Zusehen wird man indessen erkennen, daß tatsächlich der Kreis der berechtigten Personen nicht wesentlich größer ist als nach heutigem Recht. Die Zuchtgewalt, welche die Italiener den Vorgesetzten, den Beamten, den Bischöfen, den Äbten zugestehen, ist wohl nichts anderes als zum Teil die Disziplinar-, zum Teil die Polizeistrafgewalt, die unsere Gesetzgebung weltlichen und geistlichen Vorgesetzten und Behörden ebenfalls einräumt. Wenn die Italiener von einem jus corrigendi des magistratus, des episcopus oder abbas sprechen, so muß man darunter nicht bloß eine körperliche Züchtigung verstehen; auch die Einsperrung und ähnliche Maßnahmen sind darin begriffen, wie sie noch heute von Disziplinar- und Polizeibehörden in Anwendung gebracht werden, nur daß früher das Verfahren bei ihrer Anwendung ein viel kürzeres und einfacheres gewesen sein wird als in der Jetztzeit.

[1] Albertus Gandinus a. a. O., Rubr. de poenis reorum num. 60, Bonifacius de Vitellinis a. a. O. Rubrica „Quibus concessa est correctio". Angelus Aretinus a. a. O. in verbo „admenatio" num. 2. Ludovicus Carerius, Practica causarum criminalium; de homicidio pars. IV num. 71 ss. Julius Clarus a. a. O. § Finis quaest. LVI, Quid si reus contendat se id, de quo imputatur, licite facere potuisse. Tiberius Decianus, Tractatus criminalis lib. VII cap. X de privato carcere num. 5 ss. Jacobus Menochius a. a. O. lib. II cas. 364. Prosper Farinacius a. a. O. quaest. 125 num. 102 ss.

Nicht jeder dieser Schriftsteller bezeichnet alle die obengenannten Personen als züchtigungsberechtigt. Am weitesten gehen Bonifacius de Vitellinis a. a. O. num. 9: „Item si quis major verberat alium juvenem causa corrigendi, non tenetur injuriarum, nisi excesserit modum in verberando," Menochius a. a. O. num. 4—7 unter Bezugnahme auf ältere Gesetzgeber und Schriftsteller: „Eandem potestatem castigandi inferiores propinquos concesserunt imperatores Valentius et Valens in l. 1 Cod. de emend. propinq., quo loci in specie annotavit Baldus seniorem posse castigare propinquum juniorem ludentem, nec ex eo posse vel accusari vel puniri. Idem quoque in fratre seniore castigante fratrem juniorem, quod post alios adnotavit Tiraquellus et Cravetus idem esse censuit in senioribus non conjunctis, qui juniores corrigere ac castigare impune possunt;" Farinacius a. a. O. num. 110 u. 111 gesteht ein Züchtigungsrecht zu dem pater, dominus, magister, maritus, abbas et aliis, quibus debetur reverentia.

Daß die Italiener älteren Verwandten und Personen, die nicht verwandt sind, denen aber reverentia debetur, ein Züchtigungsrecht beilegen, stellt sich auch kaum als etwas dem heutigen Rechte Fremdes dar. Zwar äußert sich unser geschriebenes Recht, abgesehen von der Gewerbeordnung § 127a, die dem Lehrherrn eine väterliche Zuchtgewalt gegenüber dem Lehrling überträgt, hierüber nicht, aber eine vernünftige Rechtsprechung wird sich nicht scheuen, die gelegentliche stellvertretende, gewissermaßen in Form der Geschäftsführung ohne Auftrag vorkommende Züchtigung durch ältere Verwandte und Nichtverwandte als rechtmäßig anzuerkennen.

### 3. Ärztliches Handeln.

a. Seit Jahren streiten sich in Deutschland die Juristen aufs lebhafteste über die Frage, auf welchem Rechtsgrund die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Kranken beruhe. Manche behaupten, im Gegensatz zu den meisten anderen, daß die ärztliche Heilhandlung gar nicht das darstelle, was das St.G.B. als Körperverletzung bezeichne, und daß daher das Suchen nach jenem Grund, der die Handlung als nicht rechtswidrig erscheinen lasse, überflüssige Mühe sei. Für die Italiener besteht der ganze Streit überhaupt nicht. Die ärztliche Heilhandlung ist ihnen augenscheinlich etwas so selbstverständlich Rechtmäßiges, daß sie gar kein Bedürfnis nach einer besonderen Begründung ihrer Rechtmäßigkeit empfinden. Ob sie in ihr eine „Körperverletzung" sehen, die aus irgend einem Grunde nicht rechtswidrig ist, oder ob ihnen der ärztliche Eingriff den Tatbestand einer solchen von vornherein gar nicht erfüllt, das läßt sich aus ihren Schriften nicht erkennen. Sie befassen sich überhaupt nur ganz gelegentlich mit der Frage ärztlicher Operationen.

So findet sich eine Bemerkung über die durch Ärzte vorgenommene Kastration bei Clarus, sententiarum lib. V § Finis quaest. 68 num. 18: „Etiam medici puniuntur castrantes homines, licet ipsi consentiant, nisi aegritudo sit mortalis, quae non possit aliter quam per incisionem curari." Und Farinacius, variarum quaestionum lib. IV, quaest. 128 num. 32, schließt sich an Clarus an. Aus dieser Stelle ergibt sich, daß die zu Heilzwecken vorgenommene notwendige Operation nicht gestraft werden kann, jedenfalls dann nicht, wenn sie von günstigem Erfolg begleitet war. Über den gegenteiligen Fall bei innerer Behandlung äußert sich Farinacius gelegentlich an anderer Stelle, allerdings in einer Weise, die nicht jeden Zweifel ausschließt. Er scheint in solchem Fall das Fehlen nicht nur des dolus, sondern auffälligerweise auch jeder culpa zu präsumieren; denn er sagt: „Imo qui infirmo ad recuperandam sanitatem dedit in medelis venenum, quod nulla poena puniatur, etiam sequuta morte infirmi, quoniam in

praebente hoc sanitatis poculum cessat dolus et culpa."[1] Dem widerspricht der Inhalt der unmittelbar vorhergehenden Nummer 121 derselben Quästio: „Quintus est casus in poculo sanitatis, in quo facias conclusionem, quod praebens alicui venenum ad bonum finem, ut puta sanitatis, licet malus exitus sequatur et mors illud recipientis, non tamen poena mortis, sed mitior imponitor." Während FARINACIUS im ersten Fall jede Strafe ausschließt, läßt er im letzten eine, wenn auch mildere Strafe zu. Worin der wesentliche Unterschied beider Fälle liegen soll, ist mir nicht klar. Es könnte vielleicht in num. 121 daran gedacht sein, daß ein Laie den Heiltrank reicht, während in num. 122 aus dem Worte „in medelis" (in der Medizin) auf einen Arzt zu schließen wäre. Für diese Annahme möchte der Inhalt der num. 123 sprechen. Hier wird im unmittelbaren Anschluß an die beiden aufgeführten Stellen aus einem römischen Statut folgendes zitiert: „Sed in hoc vide Urbis bannimenta edita de anno 1591 c. 40, ubi imponitur poena mortis cuicunque, qui poculum aliquod alteri sine medici licentia dederit, si inde mors fuerit sequuta, etiam quod ad alium finem datum fuerit." Die Sache läge dann so, daß bei ungünstigem Ausgang nach des FARINACIUS Ansicht der Arzt, der einen Heiltrank reicht, überhaupt nicht zur Rechenschaft zu ziehen, der Laie aber milder zu strafen wäre, da auf seiner Seite immerhin eine gewisse Fahrlässigkeit vorliegt, wohingegen nach der römischen Bestimmung der Laie, weil er ohne des Arztes Erlaubnis gehandelt hat, — gewissermaßen als Kurpfuscher — für den schlimmen Erfolg voll zur Verantwortung gezogen würde. Es könnte danach, falls meine Annahme richtig ist, scheinen, als ob man dem Arzte wegen seines Berufes Straflosigkeit sichere, ihm also ein gewisses „Berufsrecht" zugestehe, das ihn sogar vor dem Vorwurf der Fahrlässigkeit schützte. Doch ist dies natürlich nur eine Vermutung.

b. Juristisch wesentlich verschieden von dem bisher Erörterten ist der besondere Fall, daß der ärztliche Eingriff sich nicht auf den Kranken ausschließlich bezieht, sondern zugleich auf ein physiologisch zwar mit ihm verbundenes, rechtlich aber selbständig und unabhängig von ihm geschütztes Wesen — auf die Frucht im Mutterleibe. Abtreibung und Tötung der Frucht zur Rettung der gefährdeten Mutter ist eine seit alter Zeit bekannte und geübte ärztliche Maßnahme. Mit ihrer Rechtfertigung beschäftigen sich auch die Italiener. Allerdings beruhen ihre Rechtfertigungsversuche weniger auf streng juristischen als allgemein moralischen Erwägungen.

Bei den älteren Praktikern, GANDINUS, JACOBUS DE BELVISIO, BONIFACIUS DE VITELLINIS, ANGELUS ARETINUS, finde ich noch keine Bemerkungen zu der Frage; die erste kurze Notiz begegnet mir bei

[1] Var. quaest. lib. IV quaest. 122 de poena poculum dantis num. 122.

Ludovicus Carerius, Practica causarum criminalium (Ausgabe Lugduni 1550), de homicidio, pars I num. 24. Bei Erörterung der Strafbarkeit der Abtreibung macht er eine Einschränkung mit den Worten: „Limita in casu, quando occiditur partus, ut salvetur mulier praegnans; nam non punitur, si judicio medicorum aliter non potest mater evadere". Ebenso nochmals pars II num. 107: „Limita, nisi medici dicant mulierem morituram, nisi poculo aut aliter fiat abortus etiam animatus; nam pro salute mulieris excusatur."

Etwas eingehender beschäftigt sich Jacobus Menochius[1] mit der Frage. Doch fehlt es auch bei ihm an tieferer juristischer Betrachtung des Falles; es zeigt sich bei Menochius sogar eine ganz merkwürdige Vermengung rechtlicher und religiöser Gedanken: „Declaratur secundo, ut non procedat in eo, qui abortioni causam dedit pro salute mulieris: nam tunc ille ab omni poena excusatur. Qua in re ego multum dubito, nam quod nulla poena indicenda sit, suadet ratio, quod hic rei licitae operam dederit. Si enim mulier mortua fuisset, dubio procul etiam partus fuisset extinctus. Recte ergo egisse videtur, si unum solum perdidit, ut alterum tueretur, quod autem a poena immunis non sit, patet, quia debuit in omnipotentis Dei voluntate relinquere, quoniam forte sua pietate incolumem mulierem reddidisset. Ego opinor, quoad forum conscientiae, hos a peccati labe non esse immunes, quo vero ad poenam temporalem, posse etiam puniri aliqua poena, si magistratu inconsulto abortioni causam praestiterint, etiam pro salute mulieris, quemadmodum et is punitur arbitrio judicis, qui alium ob necessariam sui defensionem occidit." Er betont dann noch, daß auf diesen Fall die Strafdrohung eines gewissen neuen Statuts der Stadt Pavia nicht zutreffe: „quia in hoc casu subest justa causa salutis mulieris, istarum constitutionum poenae cessant, cum ibi solum consideretur malus effectus abortionis et non salutis praegnantis mulieris." Der Kern von Menochius Ansicht ist der, daß die Abtreibung zur Rettung der Mutter straflos ist, wenn die Bewilligung der Behörde dazu eingeholt wurde, außerdem wird eine Strafe verhängt, wenn auch nicht die poena ordinaria. Für die Straflosigkeit entscheidet sich auch Farinacius:[2] „Quod si medicus infirmanti et praegnanti mulieri suasit abortum, cum alias secundum artem medicinae illi succurri non poterat, puniri non potest aliqua poena, et si mulier medici consilium sequuta abortum fecerit cum medicamento ab eodem medico instituto."

Was aus den Äußerungen der Italiener hervorgeht, ist jedenfalls dies, daß im Gegensatz zu den Anschauungen moderner italienischer

[1] De arbitrariis judicum quaestionibus et causis lib. II cas. 357. Abortioni causam praestans, quando et qua poena punitur, num. 20.

[2] Var. quaest. lib. IV. quaest. 122 num. 124.

und auch deutscher Theologen vernünftigerweise bei einem Konflikt um die Existenz das Leben der Mutter höher eingeschätzt wird als jenes des neugeborenen Kindes und daß man die Opferung des letzteren, wenn sie das notwendige Mittel zur Rettung der Mutter ist, als eine erlaubte und darum nicht strafbare Handlung ansieht. Der Grund für die Erlaubtheit der Handlung liegt den Italienern eben in dem Umstand, daß das höher zu bewertende Gut dem geringeren vorgeht und daß bei einem sonst nicht lösbaren Konflikt zwischen beiden das letztere zurückstehen muß. Dagegen läßt sich die Straflosigkeit des künstlichen Abortus bei den Italienern nicht etwa auf ein ärztliches „Berufsrecht" gründen, wenn auch der Natur der Sache entsprechend vom Rat und dem Eingreifen der Ärzte mehrfach gesprochen wird. Daß hier nicht der Arzt deswegen, weil er Arzt ist, gegen Strafe gesichert ist, geht schon aus der Ansicht des MENOCHIUS hervor, es werde die vollständige Straflosigkeit des künstlichen Abortus nur durch die Einholung behördlicher Erlaubnis zur Einleitung des Abortus begründet.

Noch deutlicher als in den Werken der Italiener tritt in den Schriften von ANTONIUS TESSAURUS und ANTONIUS MATTHAEUS, die ich schon hier wegen ihres Zusammenhangs mit den italienischen Vorbildern berücksichtigen möchte, als ausschlaggebender Gesichtspunkt der Gedanke hervor, daß die Frucht als das minderwertige Wesen der Mutter als dem höherwertigen zu weichen habe. TESSAURUS, Decisiones XII num. 11 (Hamburg 1608): „Mihi tamen altera (sententia)[1] verior videtur, ut cum ex puerperio mulierem morituram cognoscitur, impune hujus modi abortionis poculum illi dari possit, dum tamen hac in re medicorum consensus accedat. Cum enim hoc casu non solum ipsius matris, sed etiam infantis malum expectetur, de duobus malis minus est eligendum humaniusque; videtur esse melius vitam matri hoc modo concedere, quae alios procreare liberos potest, quam infanti, qui semper in periculo positus est, donec ad generandi aetatem pervenerit".[2] MATTHAEUS[3] äußert sich in gleichem Sinn, nur noch viel ausführlicher. Nachdem er umständlich nachgewiesen hat, daß die Mutter auch dem schon

[1] Er hat vorher die gegnerischen Ansichten erwähnt.

[2] Der zitierten Stelle fügt TESSAURUS den sonderbaren Satz an: „Erit tamen salutaris poena pro homicidio delinquenti injungenda, quia peccatum hoc inter mortalia connumeratur." Es ist auffallend, wie manche Menschen ihr gesundes menschliches und rechtliches Gefühl durch verkehrte religiöse Anschauungen beeinträchtigen lassen. Vgl. oben MENOCHIUS!

[3] MATTHAEUS († 1654), de criminibus, Antwerpen 1761, lib. 47 dig. tit. V de extraord. criminibus. Cap. I de partu abacto, num. 5. Sed quaeritur, quid sit dicendum, si mater salva esse non possit, nisi abortu facto, an impune eo casu ejicere conceptum liceat?

geborenen Kinde gegenüber aus den verschiedensten Gründen immer den Vorzug verdiene, kommt er zu dem Schluß: „Quod si igitur infanti jam nato praeferenda tamen mater est, quanto promptius id affirmandum, si natus nondum sit? imprimis eo casu, quo mater nisi venae sectione copiosa aut medicamentis vehementer ad dejiciendum stimulantibus non potest convalescere, cum foetui, nisi pereat, pereundum tamen sit matre demortua?" Im Anschluß an die Lehre des Aristoteles de malorum electione erklärt er dann: „Utrumque triste aut matri pereundum esse aut foetui: ita tamen ut tristius sit perire matrem, minus triste non aspicere lucem foetum: cur igitur ex utroque quod minus est eligere non liceat? Sic enim etsi mater pestilentia laboret, pereundumque sit aut ipsi, nisi mammam praebeat, aut parvulo si praebeat, rectius respondetur, matris potius quam parvuli habendam rationem."

c. Ein besonderer Fall, bei welchem das Verhalten von Ärzten und Studierenden der Heilkunde eine Rolle spielt, gibt einigen italienischen Schriftstellern und ihren Nachfolgern Gelegenheit zu der interessanten Frage Stellung zu nehmen, ob eine an sich strafbare Handlung dann ihre Strafbarkeit verliere, wenn die Handlung dem gemeinen Nutzen, dem öffentlichen Wohle diene, ob also — nach moderner Ausdrucksweise — der gute Zweck die Rechtswidrigkeit ausschließe. Es handelt sich um den Fall, daß Mediziner Leichen zum Zweck anatomischer Studien ausgraben, ein Fall, der nach Zeitungsnachrichten auch heutigen Tags da oder dort einmal vorgekommen ist. Manche waren aus dem Gesichtspunkt der utilitas publica bereit, eine solche sepulchri violatio straflos zu lassen. So Decianus:[1] „Excusabitur etiam scholaris, chyrurgus vel medicus vel alius quispiam, qui cadavera exhumant, ut ex eis fiat anatomia et hoc ratione publicae utilitatis, ut medici in curandis corporibus fiant peritiores". Doch hielt es Decianus wohl nicht für ganz sicher, ob auch die Praxis seiner Anschauung folgen werde; denn er fügt seiner Äußerung gleich den Rat bei: „Consulo tamen, quod non extrahantur corpora etiam pro anatomia sine licentia episcopi et magistratus".

Den Anatomen selbst scheint die Erlaubtheit der Handlung nicht zweifelhaft gewesen zu sein. Mathias Colerus[2] bemerkt hierüber: „Aliud etiam hoc loco mihi dubium incidit, an medicinae gratia liceat effodere atque dissolvere cadavera Christianorum, quod hodie quidem anatomicis absque dubitatione videtur". Colerus aber ist der strafausschließenden Wirkung der publica utilitas auch nicht ganz

[1] Tractatus criminalis lib. VI cap. 44 num. 17.

[2] Decisiones, Editio quarta. Lipsiae 1631. Decisio 147 de poenis eorum, qui sepulchra aut cadavera mortuorum violarunt, num. 10.

sicher und bezeichnet sie als zweifellos nur für die Fälle der Ausgrabung Verurteilter: „Sed quicquid sit, consuetudo certe in cadaveribus punitorum hoc permittit, quae quidem consuetudo, cum ad publicam utilitatem pertinere videatur, satis potest existimari rationabilis atque idcirco toleranda." ANTONIUS MATTHAEUS dagegen wendet sich in dem Abschnitt de sepulchro violato entschieden gegen diese Verwendung der utilitas publica als Strafausschließungsgrund: An medici cadaver sectionis causa impune effodere possint? Quod nonnulli (DECIANUS, COLERUS) scripserunt, etiam publicae utilitatis intuitu denegandam sepulchri violati accusationem, si medici vel scholares cadaver extraxerint anatomes causa, id nequaquam probandum est. Publicae enim utilitati satis fieri potest sectis cadaveribus damnatorum, ut nihil necesse sit sacrilega impietate vadere ad sepulchra mortuorum. Quod si damnati desint, non privata auctoritate effodienda cadavera, sed eorum permissu, ad quos ejus rei potestas pertinet."

## 2. Die Zeit des gemeinen Rechts.

### 1. Die Gesetzgebung.

Wenn die moderne Gesetzgebung, abgesehen von den Bestimmungen über Notwehr und Notstand, über die Gründe, welche die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausschließen, schweigt, so kann dies von den Strafgesetzbüchern früherer Jahrhunderte um so weniger wundernehmen. Angefangen von der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. bis herab zu den partikularrechtlichen Kodifikationen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, zeigt sich nur ganz selten eine flüchtige Spur der Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Von einer systematischen Zusammenfassung der Gründe, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, ist vollends nicht die Rede. Dazu kommt — was ja bei der noch nicht genügend fortgeschrittenen Klarlegung des Verbrechensbegriffs auch nicht anders zu erwarten ist — daß man Ausschluß der Rechtswidrigkeit und Ausschluß der Schuld kaum voneinander scheidet. Am häufigsten wird Notwehr und hier und da Notstand erwähnt; von anderen Gesichtspunkten findet sich verschwindend wenig, und ein Fortschritt in der Behandlung der ganzen Frage läßt sich nicht erkennen.

a. In der Carolina wird einzig und allein in einem vereinzelten Fall von der Amtsbefugnis gesprochen: In Art. 150 „werden etliche Entleibung in gemein berührt, die auch Entschuldigung auff ihn tragen mögen, so darinn ordentlicher Weiß gehandelt wird". Als nicht strafbar wird es hier bezeichnet, „so jemand einen von

Ambts wegen zu fahen gebührt, der unziemblichen freventlichen und sorglichen Widerstand thut, und derselbig widersässig darob entleibet würde".

Genau der gleiche Fall kehrt wieder im Preußischen Landrecht von 1721, 6. Buch „von Peinlichen Sachen" Tit. 6 Art. 12 „Von denen, so Todtschlages halber zu entschuldigen" § 7: „. . . imgleichen da einer Ambtswegen, oder sonsten aus Befehl der Obrigkeit einen gefänglich annehmen soll, der Missethäter aber sich so freventlich zur Wehr setzte, daß daher einige Gefahr zu besorgen stünde, und der Wiedersetzige von dem, so ihn fahen sollte, getödtet würde. . . . So sollen alle dieselben von aller Straffe befreyet sein." Ebenso THERESIANA Art. 83 § 9 viertens. Bei Licht betrachtet scheint aber die Straflosigkeit sich hier mehr auf Notwehr als auf ein Amtsrecht zu gründen; denn es handelt sich nicht um die Rechtfertigung der Gefangennehmung, die freilich auf amtlichen Auftrag oder amtliche Befugnis zurückgeht, sondern um die Rechtfertigung der Tötung an demjenigen, der sich unerlaubterweise zur Wehr setzt.

Die bedeutenderen Gesetzgebungen aus späterer Zeit, das Bayerische Strafgesetzbuch von 1751 und ebenso die Josephina von 1787 sprechen von der Amtsbefugnis nicht; nur das Preußische Landrecht von 1794 gedenkt ihrer im 2. Teil 20. Titel 10. Abschnitt „Von Beleidigungen der Ehre" § 555: „Richter und fiskalische Bediente, welche vermöge ihres Amts den Stand oder das moralische Verhalten eines Menschen untersuchen und beurteilen, begehen durch diese Ausübung ihres Amts keine Injurie".

Von der Bedeutung des Befehls finde ich einiges nur im Bayerischen St.G.B. von 1751, 1. Teil 1. Kap. § 32 und in der Theresiana Art. 11 § 8 Drittens und Art. 83 § 9 Achtens. Die Bestimmung der Theresiana in Art. 11 ist der bayerischen nachgebildet. Nach beidem erscheint die für den Untergebenen durch den Befehl geschaffene Lage mehr oder weniger als ein Notstand, der eine Entschuldigung für ein sonst schwerer bedrohtes Verhalten bildet und eine Milderung der Strafe gestattet. Nach dem Wortlaut der beiden Bestimmungen hat es den Anschein, als ob dem Befehl strafausschließende Wirkung überhaupt nicht beizulegen sei. Die bayerische Bestimmung lautet: „Bey dem Befehl der Oberen ist zu sehen, wie weit der Obere gegen den Untergebenen authorisiert und begwaltet seye. Je höher der Grad sothaner Gewalt und Authorität ist, je weniger und gelinder wird der Untergebene wegen Vollziehung des widerrechtlichen Befehls gestraft. Hiernächst ist auch der Inhalt des Befehls wohl zu betrachten; denn was nur auf der Oberen und anderer bloßes Anrathen, Vollmacht, Versprechen, Ersuchen, Hülfe, Gutheissen, oder Veranlassen, zu Latein: consilio, mandato, promisso, prece, ope, approbatione vel

causa geschiehet, verdient in gar überschweren Verbrechen gar keine, und in andern nicht leicht eine Strafmilderung.[1]" Die österreichische Vorschrift stimmt mit dieser fast wörtlich überein. Trotz ihres Wortlautes dürfte nach beiden Gesetzen unter entsprechenden Umständen durch den Befehl doch auch die Strafe des Gehorchenden vollständig ausgeschlossen werden. Für Bayern läßt sich dies aus den Anmerkungen (§ 32b) erkennen: „In Leg. Bajuwar. Tit. 2 Cap. 8 stehet, daß, wer aus königlich- oder herzoglichen Befehl jemand entleibt, derwegen nicht gestraft werden solle, welches auch quo ad forum externum keinen Anstand leidet. ... Einem fürstlichen Befehl wird in diesem Stücke jener fast gleich geschätzt, welcher von einem Statthalter, Dicasterio, commandirenden Officier, und dergleichen mit größerem Pouvoir begabter Obrigkeit herkommt, ausgenommen in Sachen, welche notorie nicht in ihren Mächten stehen. Z. E. wenn man befehlen würde, Gott zu lästern, die Landsherrschaft zu beleidigen, Ehebruch, Blutschand, Sodomiterey und dergleichen zu treiben, denn da gibt jedem das Vernunftlicht ein, daß man dergleichen Befehle nicht annehmen, sondern Gott mehr als Menschen gehorchen müsse." Geht der Befehl von Personen aus, die nicht mit einer obrigkeitlichen Gewalt ausgestattet sind oder zu den niedriger gestellten Beamten gehören, so wirkt er nicht strafausschließend, sondern höchstens strafmindernd: „Soviel die mindere Obrigkeiten, Eltern, Herrschaften, Lehrmeistern und dergl. betrifft, würde jener, welcher seine Missethaten dadurch bekleistern wollte, sehr übel anfahren, und die poenam extraordinariam niemals, in Atrocissimis aber nicht einmal capitalem vermeiden."

Bei dem Gleichlaut der österreichischen mit der bayerischen Bestimmung wird auch für Österreich angenommen werden dürfen, daß bei entsprechender Lage des Falles der Gehorchende von Verantwort-

[1] In seinen Anmerkungen zu § 32 meint KREITTMAYR, der Verfasser des Gesetzbuches: „Befehl der Oberen. Hier könnte man viele Bögen anfüllen, wenn man alle bey denen Authoribus findige Regeln, Limitationen und Sublimitationen anführen wollte. Man hat hierin vor andern LEYSERI Meynung adoptiert, welcher die Sach spec. 534 de Concursu superioris et inferioris in Delicto Med. 6 kurz und adäquat gefaßt, und mit einer einzigen Regel alles erschöpft hat."

Die Meinung LEYSERS, Meditationes ad Pandectas Vol. VIII. Editio tertia. 1746 Specimen 534 med. 6, nach welcher sich KREITTMAYR richtet, geht dahin: „Quae in praecedentibus de jussu poenam delinquentis aut tollente aut mitigante dixi, ad jussum proprie sic dictum, qui scilicet cum aliqua parendi necessitate conjunctus est, pertinent, nec ad mandatum, consilium, promissionem praemii, permissionem, cohortationem, preces, quae etiam a superiore non nunquam adhibentur, trahenda sunt. Declarat nempe interdum superior, quae fieri ab inferiore cupiat, sed simul satis prae se fert, nolle se libertatem inferioris tollere aut constringere. Quod ubi factum in re illicita, excusationem haud meretur obsequens."

lichkeit frei ist.[1] Dazu kommt, daß in dem Art. 11, der nach seiner Überschrift nur von den Umständen, „welche die Straffe milderen", handelt, auch von der Befugnis des Richters, gegebenen Falls von der Strafe vollständig abzusehen, an mehreren Stellen, so auch in dem § 8, gesprochen wird.

An anderer Stelle (Art. 83 § 9 Achtens) wird dem Befehl ausdrücklich strafausschließende Wirkung beigelegt. Es handelt sich hier um Tötung auf gerichtlichen Befehl.

b. Von einem Züchtigungsrecht der Eltern, Lehrer usw. enthalten die meisten Gesetzgebungen nichts. Es bedarf aber keines Beweises, daß in diesem Schweigen nicht ein Verbot liegt, sondern eine Anerkennung der als selbstverständlich betrachteten Erziehungsmaßregeln.

Von den schon erwähnten großen Kodifikationen sind es allein die beiden preußischen Landrechte von 1721 und 1794, die sich ausdrücklich mit dem Züchtigungsrecht beschäftigen. Neue Gedanken finden sich nicht. Im wesentlichen decken sich die preußischen Bestimmungen mit dem, was schon die Italiener über das Züchtigungsrecht geschrieben haben.[2] Überschreitungen desselben finden natür-

---

[1] Art. 11. Von den Umständen, welche die That selbst verringeren, somit die Straffe milderen.

§ 8. Es beschiehet auch durch heftige Gemüthsbewegungen, daß man in einige Verwirrung gerathen kann, als durch Zorn, Schrecken, durch drohsam Befehl der Oberen. Wobey zu merken: ... Drittens: den Befehl der Oberen und Vorgesetzten belangend, ist darauf zu sehen, wie weit die Gewalt der Oberen gegen die Untergebenen sich erstrecke? je größer die Gewalt, Macht, und Ansehen der Oberen ist, je weniger, und gelinder kann der Untergebene wegen Vollziehung des widerrechtlichen Befehls gestraffet werden. Hiernächst ist der Inhalt des Befehls wohl zu betrachten, dann was ohne bedrohlich- oder ernsthaften Befehl nur auf der Oberen, und anderen blosses Anrathen, Vollmacht, Versprechen, Ersuchen, Hülff, Gutheissen, oder Veranlassen geschiehet, verdienet in überschweren gar keine, und in anderen Verbrechen nicht leicht eine Straffmilderung."

[2] Preuß. Landrecht von 1721, 6. Buch Tit. XI Art. 1 § III. „Die Straffe und Züchtigung unter sich habender Persohnen anlangende, ist zu mercken: Wann ein Vater seinen Sohn, oder ein Vormund sein Pfleg-Kind, ein Bluts-Freund den andern, ein Hauß-Herr seinen Diener, eine Frau ihre Magd, ein Lehr-Meister seinen Jungen, in Meynung wegen verwirckter Sachen halben in Straffe zu nehmen, zur Besserung zu bringen, von aller Schand und Lastern abzuhalten, und mit der Schärffe zur Tugend und gebührlichen Gehorsam zu treiben, etc. mit Worten und Streichen strafft oder auch schlägt, daß er dem Gestrafften keine Schmach oder einige Injurie damit beweise, sondern ihn vielmehr zum ehrlichen Leben und Wandel Ursach gebe; Es wäre dann, daß einer, unter dem Schein der Züchtigung, gebührliche Maaß zu züchtigen gar gröblich überschritte, und in unsinniger Weise den, so er zu züchtigen Vorhabens, mehr verderbte, denn zur Besserung brächte; In welchem Fall der Richter alle Gestalt, Umstände, Maaß und gröbliche Überfahrung solcher Züchtigung, fleißig

lich die entsprechende Ahndung. Das Landrecht von 1794 gibt darüber genaue Vorschriften.[1]

c. Von anderen hier interessierenden Gründen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, ist in der Gesetzgebung der gemeinrechtlichen Zeit schlechterdings nichts erwähnt. Nur KREITTMAYR sagt gelegentlich in den Anmerkungen zum Bayerischen St.G.B. 1. Teil 3. Kap. § 26 litt. b, wo die „fürsetzlich und boshafter Weis" vorgenommene Unfruchtbarmachung einer Mannes- oder Weibsperson bedroht ist, daß dann nicht von Strafe die Rede sein könne, wenn die Handlung „bona mente" erfolge, „z. E. da man einer Weibsperson, welche ob arctitudinem corporis ohne Lebensgefahr nicht gebähren könnte, poculum sterilitatis reicht". Grund der Straflosigkeit ist ihm hiernach augenscheinlich der mangelnde dolus.

Ihrer Absonderlichkeit wegen mag hier noch eine Bestimmung des Preußischen Landrechts von 1721, 6. Buch, Tit 6, Art. 8, angeführt werden: „Von aller weltlichen Straffe aber sind frey diejenige, so von der Medicin keine Profession machen, auch sich denen Kranken nicht obtrudiren, sondern, wann sie von jemand ersucht werden, ihm Artzeney aus ihrer Hausapotheke mitzutheilen, darunter nur willfahren, und das Verlangte schicken; Gestalt denn ein solcher sich selbst bey-

---

und wohl zu bedencken hat, damit er, zugefügter unbilliger Schmach und Schadens halben, ein rechtschaffen Urtheil aussprechen und geben möge".

Preuß. Landrecht von 1794, 2. Teil 20. Titel § 557. „Vorhaltungen und Verweise der Ältern gegen ihre Kinder, der Vormünder gegen ihre Pflegebefohlenen, der Lehrer gegen ihre Schüler und Lehrlinge, der Dienstherrschaften gegen ihr Gesinde, und der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, sind als Injurien nicht anzusehen."

§ 558. „Eben das gilt von mäßigen Züchtigungen, die Jemand einem Andern, über welchen ihm das Recht der Zucht beigelegt ist, zufügt."

[1] § 559. „Wird das Maaß in solchen Vorhaltungen oder Behandlungen überschritten, so muß die Obrigkeit, auf den Antrag des Beleidigten, den Beleidiger in seine Schranken zurückweisen, und die Ausschweifungen nach Befinden der Umstände von Amts wegen ahnden."

§ 560. „In so fern die bürgerliche Ehre des Beleidigten bey der Überschreitung des Züchtigungsrechts gelitten haben sollte, muß die Obrigkeit auch für die demselben gebührende Genugthuung sorgen."

§ 561. „Prediger machen sich in ihren Amtsgeschäften einer Injurie nur alsdann schuldig, wenn sie bei Privatermahnungen, oder in öffentlichen Vorträgen, die in den Gesetzen bestimmten Gränzen überschreiten."

§§ 821 ff. sprechen von Fällen, in welchen der Züchtigungsberechtigte sein Recht vorsätzlich so weit überschritt, daß der Tod des Gezüchtigten eintrat.

Hier interessiert auch die Bestimmung des § 736: „Auch diejenigen, denen sonst das Recht der mäßigen Züchtigung zukommt, dürfen sich dessen gegen dergleichen schwangere Personen, bey willkürlicher Gefängniß- oder Geldstrafe, so lange die Schwangerschaft dauert, nicht bedienen."

zumessen hat, daß er dergleichen Medicamenta die so übel angeschlagen, und den Todt verursacht, von einem andern verlanget und eingenommen".

## 2. Die Literatur.

a. Die Kommentatoren der Carolina fördern die Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, wenigstens soweit es sich um die hier in Frage stehenden Punkte handelt, um keinen Schritt; selbst J. S. F. Böhmer geht diesen Dingen[1] wenig nach.

Des Züchtigungsrechts zu Erziehungszwecken wird überhaupt nicht gedacht, offenbar, weil die Carolina keinen Artikel über Injuria und Körperverletzung enthält, der zu einer Betrachtung anregen könnte.

Über das Amtsrecht lassen sich bei Besprechung des Art. 150 etwas eingehender Kress und Böhmer vernehmen. Während der erste ohne grundsätzliche Erörterungen nur die Bestimmungen des Artikels auslegt,[2] sucht der letztere wenigstens eine Begründung zu geben für die Straflosigkeit der bei Ausübung seines Amtes von dem Häscher begangenen Tötung: „Versantur (sc. apparitores, die Häscher) enim in re licita, et jus ad prehensionem iis dat jus ad media huic fini obtinendo necessaria."[3] Aus dieser Bemerkung Böhmers scheint sich ein Satz von allgemeinerer Bedeutung ableiten zu lassen. Böhmer geht offenbar von der Anschauung aus, daß derjenige, welcher einen erlaubten Zweck erreichen wolle, auch alle hierzu erforderlichen Mittel anwenden dürfe, oder — mit anderen Worten — er scheint den Satz anzuerkennen: die notwendigen Mittel zur Erreichung eines erlaubten Zweckes sind nicht rechtswidrig. Böhmer wäre in der deutschen kriminalistischen Literatur der erste, der sich zu diesem weittragenden Grundsatz bekannt hätte. Ob er aber wirklich mit vollem Bewußtsein dieses Prinzip als allgemeingültig hat aufstellen wollen, steht mir nicht außer Zweifel, zumal in seinen Elementa jurisprudentiae criminalis dieser oder ein ähnlicher Satz nicht zu finden ist.

Über ärztliche Eingriffe, und zwar über den aus der italienischen Literatur stammenden Fall der procuratio abortus zur Rettung der Mutter, äußern sich einige Kommentare, ohne jedoch neues

---

[1] In den Kommentaren von Stephani, Bullaeus, Manzius, Otto, Ludovici findet sich überhaupt keine Äußerung über die hier interessierenden Fragen.

[2] Kress, Commentatio succincta in C. C. C., Hannoverae 1730, notae ad art. 150 § 11 num. 2.

[3] J. S. F. Böhmer, Meditationes in C. C. C., Halae Magdeburgicae 1770, art. 150 § II princ.

Material zur Beurteilung des Falls beizusteuern. GEORG BEYER[1] erklärt sie aus dem Gesichtspunkt des Notstands für erlaubt, FRÖLICH VON FRÖLICHSBURG verlangt im Anschluß an MENOCHIUS als Voraussetzung der Straflosigkeit, daß „die Medizin auf Guthaissen der Obrigkeit und der Medicorum eingenommen wird".[2] BÖHMER[3] dagegen kann sich mit gänzlicher Straflosigkeit nicht befreunden. Er hält es für eine der culpa nicht entbehrende Kühnheit, um der ungewissen Rettung der Mutter willen die Frucht dem gewissen Tod zu weihen, und ist der Meinung, daß zumal dann, wenn sich die Mutter die Krankheit, von der sie befreit sein will, schuldhafterweise zugezogen habe, wie z. B. bei Syphilis, eine Bestrafung nicht zu umgehen sein werde.

Die angeführten Schriftsteller haben übrigens alle nur die Möglichkeit im Auge, daß die procuratio abortus durch Einnahme innerer Mittel vor sich gehe. Nach heutigem Recht würde dieser Fall ohne Schwierigkeit aus dem Gesichtspunkt des Notstandes zu lösen sein; der Arzt wäre strafloser Anstifter oder Gehilfe zu der straflosen Notstandshandlung der Mutter.

Aus dem gleichen Gesichtspunkt wäre der von KRESS im Anschluß an die Italiener erörterte Fall zu beurteilen, daß eine Frau,

---

[1] Delineatio juris criminalis, Editio tertia, Lipsiae 1727, Addenda ad art. 133 num. XIV: „An provocandus sit abortus per medicum, ut mater gravida a morte vel morbo magno liberetur, a Theologis, Jureconsultis et Medicis disceptatur. Praestare dicunt alii unum hominem servari, quam duos interire. Alii econtra urgent, quod medicus non certus sit, an per abortum procuratum mater salvetur." Num. XV: „Illud certum est, remedia vomitoria aliaque foetum pellentia adhiberi posse in casu necessitatis, si mater alio modo a morte liberari nequeat e. g. in veneno assumto, lue venerea etc."

[2] Commentarius in Kayser Carl des Fünfften und deß H. Röm. Reichs Peinliche Hals-Gerichts-Ordnung. Innspruck 1709, Anderter Traktat, Anderten Buchs 13. Titul Ziff. 7: „Obe ein Weibs-Bild mit gutem Gewissen ihr Frucht wegen schwärer Kranckheit abtreiben möge, seynd theils D. D. der Meynung von ja, theils von nein, so allhero mit ihren Rationen zu verteutschen unvonnöthen, sondern ist genug, daß man von zeitlicher Straff entledigt werde, da die Medicin auff Guthaissen der Obrigkeit und der Medicorum eingenommen wird. MENOCH. l. 2. arbitr. c. 357. „Da ein Weibs-Bild aber, ohne dergleichen Cermoni, sich selber also curieren würde, wäre sie mit einer Extraordinaria nicht unbillig abzustraffen."

[3] Meditationes art. 133 § II i. f. „Utrum vero ab omni poena mulier absolvenda, quae non nisi abortivis vel valde stimulantibus sanari potuit, non adeo liquet. Quantumvis enim extrema necessitas hic intercedens honestam rationem expediendae salutis suggerat, insignem tamen audaciam sapit, de salute morbosae foeminae certum quid affirmare et malum certum propter bonum incertum probare, ut recte ratiocinatur Alb. Gentil. in l. 1 C. de malef. quae audacia culpa, licet leviori, non vacat. Plane si morbum veluti gallicum, a quo se liberare medicamentis intendit, per culpam contraxerit, ejecto ita partu tanto minus animadversionem effugit."

die wegen der Enge ihres Beckens ohne Lebensgefahr nicht gebären kann, ein poculum sterilitatis nimmt.[1]

b. Die sonstige Literatur. Genau so unfruchtbar wie die Kommentare zur C. C. C. sind die anderen Erzeugnisse der kriminalistischen Literatur.

α. In den Conclusiones und ähnlichen Werken finden sich wohl manchmal Zusammenstellungen der Fälle strafloser Tötung oder strafloser Injurie; dieselben gehen aber nicht weit über eine bloße Aufzählung hinaus; insbesondere befassen sich die Autoren nicht mit Erörterungen allgemeiner Art über die Gründe der Straflosigkeit; vielfach begnügen sie sich damit, ohne Zusammenfassung, nur da oder dort, wo sich in dem Werke eben Gelegenheit bietet, einen einzelnen Fall straflosen Handelns zu erwähnen. Diese Fälle pflegen dann die von den Italienern her längst bekannten und erörterten zu sein. Mehrfach kehrt die procuratio abortus zur Rettung der Mutter wieder. Am ausführlichsten referiert Berlich[2] über die Ansichten der Italiener in dieser Frage, ohne jedoch selbst Stellung zu nehmen. Gilhausen[3] schließt sich an Carerius an. Andere angesehene Schriftsteller der damaligen Zeit, wie Vigelius, Harpprecht, Carpzov, Oldecop, gedenken des Falles mit keinem Worte.

Mit dem Züchtigungsrecht, das sich in harten Worten oder in Handgreiflichkeiten äußert, beschäftigt sich eingehend Harpprecht.[4] Die Frage, „utrum pater, qui filium; magister, qui discipulum; maritus, qui uxorem, verbis aut verberibus corripuit et castigavit, injuriarum actione teneatur", beantwortet er mit „Nein" und den Grund für die Straflosigkeit findet er darin, daß der Vater, Lehrer usw. „non animo injuriandi, sed tantum monendi et docendi sive corrigendi et emendandi causa id facere praesumitur." Die meisten Schwierigkeiten macht ihm das Züchtigungsrecht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau, und er versäumt nicht, wenn auch mit leiser Mißbilligung seines Inhalts, einen alten Vers anzuführen, der diese Befugnis rechtfertigt:

„Nux, asinus, mulier, simili sunt lege ligati:
Hae tria nil recte faciunt, si verbera cessant."

---

[1] Kress, a. a. O. Notae ad art. 133 § 4 num. 3: „Plane interdum foeminae v. c. si nimis arcta sit, ut citra vitae periculum parere nequeat, licite poculum sterilitatis praeberi notat Barbos. num. 1 ad cit. cap. In praxi sane de mitiori poena hodie plane non est dubitandum."

[2] Berlich, Conclusiones practicabiles, IV. pars, Lipsiae 1617, concl. VIII. de poena procurantium abortum. Num. 45 S. 249ff.

[3] Gilhausen, Arbor judiciaria criminalis. Francofurti 1606 Cap. II lib. XII de homic. num. 49.

[4] Harpprecht, Tractatus criminaliis. Francofurti 1603. De injuriis § Non solum. II Instit. num. 22 ss.

Auch das beleidigende Mahn- und Scheltwort des Predigers auf der Kanzel verursacht ihm Zweifel. Aber schließlich stellt er beim Ehemann wie beim Prediger alles darauf ab, ob mit dem animus injuriandi vel potius corrigendi vorgegangen worden sei.

Petrus Theodoricus kommt bei der Lehre von der Notwehr auf das Züchtigungsrecht der Eltern zu sprechen, insofern er eine Notwehr der Kinder gegen Züchtigungen der Eltern für unstatthaft erklärt „eo, quod pro violentia injusta non habeatur, quod fit animo emendandi".[1]

Neu ist ein von Gilhausen beigebrachter Fall strafloser Züchtigung: Ein Beamter ertappt jemand bei der Anwendung eines falschen Maßstabes, zerbricht den Maßstab und prügelt mit den Trümmern den Fälscher durch. Gilhausen meint:[2] „Actione injuriarum non tenetur. Ratio est, quia ejusmodi mensurantes prompti sunt ad turpe lucrum faciendum." Ob ihm wohl hier der Gedanke der Notwehr vorschwebt, der Abwehr eines sich sofort wiederholenden rechtswidrigen Angriffs auf den Geldbeutel der Kunden, der nur durch sehr energisches Eingreifen abgewendet werden kann? Möglichenfalls ließe sich aus diesem Gesichtspunkt das Zerbrechen des Maßstabs rechtfertigen; aber für die Injuria aus diesem Grund Straflosigkeit zu erzielen, sollte Gilhausen heutigen Tags wohl nicht glücken.

Gilhausen[3] sucht auch die Bedeutung des Befehls zu würdigen, und zwar im besonderen des richterlichen und des militärischen Befehls: Befehl und Autorität des Richters wandelt Unerlaubtes in Erlaubtes, zumal wenn der Befehl gerecht oder doch wenigstens zweifelhaft (dubius) ist; anders allerdings, wenn seine Ungerechtigkeit feststünde. Als besonderes Beispiel dafür, wie die richterliche Autorität eine sonst unerlaubte Handlung deckt, führt Gilhausen die den Betroffenen in seiner Ehre kränkende Haussuchung nach gestohlenen Sachen an. Wenn die Haussuchung auch ohne Ergebnis bleibe, so könne doch der Durchsuchende nicht mit der actio injuriarum belangt werden, „quia judicis auctoritas eum excusat".[4] — Was Gilhausen über die Bedeutung des militärischen Befehls sagt, deckt sich im wesentlichen mit der Bestimmung unseres deutschen Militärstrafgesetzbuchs § 47. Die verpflichtende Kraft des Befehls erstrecke sich, meint er, nur auf leichtere Vergehungen; bei schwereren Verbrechen entschuldige der Befehl des Vorgesetzten nicht, wenn er auch eine Strafmilderung begründen möge. Ähnlich bestimmt § 47 a. a. O., daß der gehorchende Soldat nicht bestraft wird, wenn er eine ihm auf-

[1] Theodoricus, Criminalia 1671 cap. XI aphor. IV num. 63.

[2] Gilhausen, Arbor judiciaria crim. cap. II tit. 34 § 4 num. 22.

[3] Ebenda cap. V. Ramusculus III de exceptionibus et defensionibus reorem num. 179 u. 187.

[4] Ebenda cap. II tit. 34 § 4 num. 32.

getragene Übertretung, wohl aber, wenn er ein Verbrechen oder Vergehen, wissend, daß der Befehl ein solches bezwecke, begangen hat.

β. Die Lehrbücher des Kriminalrechts gewähren kaum reichere Ausbeute. Der Grund liegt darin, daß die allgemeinen Fragen des Strafrechts meistenteils nur sehr mangelhaft behandelt sind, und daß man noch nicht dazu gelangt ist, nach dem inneren Unterschied der Gründe der Straflosigkeit zu forschen. Zur Aufstellung allgemeiner Regeln ist man nicht gekommen, nur bei der Erörterung einzelner Verbrechen wird gelegentlich ein Fall erwähnt, den man aus irgend einem Grunde für straflos erklärt. Will man sich einigermaßen unterrichten, welche Stellung die Kriminalisten in den hier interessierenden Fragen einnehmen, so bleibt nichts übrig, als nach solchen einzelnen Fällen zu suchen. Man findet sie meistens bei der Lehre von der injuria, vom homicidium, von der procuratio abortus und vom jussus.

Bei J. S. Fr. Böhmer, von dem man am ehesten einen neuen Gedanken erwarten dürfte, findet sich in seinen Elementa jurisprudentiae criminalis,[1] abgesehen von der Notwehr, die, wie üblich, bei der Lehre vom Homicidium besprochen wird, wenig von Bedeutung. Die Tötung des überraschten Ehebrechers wird aus dem Gesichtspunkt mangelnder Zurechnungsfähigkeit als straflos betrachtet, ebenso wie die Tat eines ebrius oder summe iratus; der Ehemann, justissimo in dolore constitutus, gilt als seiner selbst nicht mächtig.[2] Die Injuria, sei es die wörtliche oder tätliche, hält Böhmer wegen Mangels des erforderlichen dolus für nicht strafbar, wenn sie animo emendandi, jocandi ac corrigendi begangen ist.[3] Gleicher Ansicht ist Quistorp, in dessen Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts[4] über unsere Fragen schlechterdings nichts anzutreffen ist als eine Ausführung über die zu Erziehungszwecken geschehene wörtliche und tätliche Züchtigung. Ebenso Joh. Christoph Koch,[5] der wegen Fehlens des animus injuriandi für straflos erklärt sowohl die Züchtigung durch Autoritätspersonen wie die bona fide erfolgte Erhebung einer falschen Anklage durch Behörden.

Die Procuratio abortus zur Rettung der Mutter wird erwähnt bei Christ. Frid. Geo. Meister sen.,[6] Engau,[7] Joh. Christoph Koch,[8] Quistorp.[9] Ohne sie von einem allgemeineren Standpunkt aus zu

[1] Editio altera 1738.

[2] Ebenda Sectio II cap. XVI § 202.

[3] Ebenda Sectio II cap. VI § 90.

[4] 4. Aufl. 1789, hier §§ 308 ff.

[5] Koch, Institutiones juris criminalis. Ed. IV, Jenae 1775, cap. XXII § 372.

[6] Meister sen., Principia juris crim. Ed. altera, Goettingen 1760, Sect. II pars II cap. VII § 15.

[7] Engau, Elementa jur. crim. Ed. 6, Jenae 1767, § 397.

[8] Koch, Institutiones § 484. [9] Quistorp, Grundsätze § 284 a. E.

beurteilen, gedenken sie der Frage nur kurz bei der Lehre von der Abtreibung, und zwar alle fast mit den gleichen Worten: „Si femina eum in finem procuravit abortum, ut effugeret mortem, a qua alio modo liberari non potuit, omnis poena cessat." PÜTTMANN[1] läßt die Frage unentschieden.

Von der strafausschließenden Kraft des Befehls sprechen MEISTER SEN., GEO. JAC. FRID. MEISTER JUN., KOCH und KLEINSCHROD. Die drei ersten versuchen gar keine Begründung. MEISTER SEN.[2] bemerkt nur ganz nebenbei, daß derjenige keine Strafe erleide, der einen anderen auf Befehl des Landesherrn kastriere; MEISTER JUN.[3] führt unter den Strafmilderungsgründen den Befehl auf und fügt bei, es könne geschehen, daß man von aller Strafe absehe, wenn die Tat auf Befehl des Landesherrn oder eines anderen hochgestellten Herrn (alius simile imperium tenentis) begangen sei. KOCH[4] nennt in einem Kapitel „De his, qui delicta committere possunt aut non" als solche, die ein Delikt nicht begehen, unter anderem die „jussu principis agentes" und „officio suo, limites ejus observando, satisfacientes". KLEINSCHROD,[5] der sich eingehender mit der Bedeutung des Befehls befaßt, führt seine strafausschließende Wirkung zurück auf die Zwangs- und Notlage, in der sich der Untergebene gegenüber dem befehlenden Landesherrn oder „Gouverneur, Statthalter, Kommandanten, General und anderen Befehlshabern" befinde und welche die Zurechnung ausschließe. „Wenn diese einen Befehl erlassen, so ist sehr leicht möglich, daß derselbe schlechterdings muß erfüllt werden, wenn man sich nicht großem Ungemache aussetzen will. Und dann fällt die Zurechnung der Regel nach ganz weg." Nach KLEINSCHROD handelt es sich demnach bei dem Befehl nicht um einen Grund, der auf Seite des Gehorchenden die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, sondern die Schuld ausschließt.

Der einzige, der hier, wie bei anderen Lehren des Strafrechts einen allgemeinen und selbständigen Gedanken ausspricht, ist ERNST CHRISTIAN WESTPHAL.[6] Aus der Eigenschaft des Verbrechens als einer „unrechtmäßigen Tat" folgert er, daß diejenigen Handlungen, „die nicht pflichtwidrig, sondern der obhabenden Pflicht gemäß sind", auch nicht als Verbrechen bezeichnet werden können. Wer daher eine Befugnis habe und solche gebührend gebrauche, begehe kein

[1] PÜTTMANN, Elementa juris crim., Leipzig 1779, § 353.

[2] Principia Sect. II pars II cap. VII § 15.

[3] Principia jur. crim. Germaniae communis. Ed. II, Goettingen 1792, pars I lib. II cap. VII § 125 Z. 9.

[4] Institutiones jur. crim. Cap. III § 37 Z. 7.

[5] KLEINSCHROD, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Teil 2. Aufl., Erlangen 1799, §§ 159—161.

[6] Das Criminalrecht, Leipzig 1785, 5. Anm. §§ 1 u. 3.

Verbrechen. Dagegen ergebe sich nicht aus der Rechtmäßigkeit des verfolgten Zwecks auch die Rechtmäßigkeit aller beliebigen Mittel zur Erreichung des Zwecks. Wer unrechtmäßige Mittel anwende, um zu einem rechtmäßigen Zweck zu gelangen, sei strafbar. „Man soll nicht Leder stehlen, um den Armen Schuhe zu machen."

Eine erhebliche Rolle spielt auch bei WESTPHAL der landesherrliche Befehl.[1] Er unterscheidet, ob der Gehorchende unwiderstehlichem Zwang unterlag; dann ist er ebensowenig strafbar, wie wenn der Zwang von einem anderen als dem Landesherrn ausging. Es fehlt hier an der Freiheit der Handlung. Würde kein Zwang angewendet, so dürfe der Untergebene jedenfalls dem Befehl dann nicht folgen, wenn derselbe offenbar gegen göttliche und weltliche Rechte und Sittlichkeit verstoße; im übrigen könne er aber für die Vollziehung eines Befehls, den er nicht als eine Überschreitung der Rechte des Fürsten habe erkennen können, nicht zur Verantwortung gezogen werden.

γ. Eine ganze Reihe von Dissertationen der gemeinrechtlichen Zeit beschäftigt sich mit dem homicidium licitum sive impune. Irgend etwas von Wert habe ich nicht darunter gefunden. Es sind stets die alten oft erörterten Fälle, die ohne neue Gedanken durchgesprochen werden. Der Scharfrichter, welcher ein Todesurteil vollstreckt, die Häscher, welche ausgeschickt werden, um öffentliche Räuber tot oder lebendig zu fangen, und sie totschlagen, der Soldat, welcher im Krieg feindliche Soldaten oder auch Überläufer aus dem eigenen Heere tötet, der Mensch, der einen Geächteten umbringt, der Ehemann, der die ehebrecherische Frau und ihren Liebhaber erschießt, der Hausherr, der den nächtlichen Dieb erschlägt, kehren in allen Dissertationen wieder. Eine Abwechselung findet sich nur insofern, als vielleicht in der einen oder anderen Schrift mit gebührender Gründlichkeit die Frage behandelt wird, ob Meister Hans (der Scharfrichter) den Verurteilten vor der Hinrichtung um Verzeihung bitten müsse.

In einzelnen der zahlreichen Dissertationen de crimine abortus oder de poculo abortionis und de infanticidio trifft man gelegentlich auch eine Bemerkung über die procuratio abortus zur Rettung der Mutter. Sie enthalten aber nie mehr als eine Bezugnahme auf die Italiener oder eine kurze Erklärung, daß man diesen Fall der procuratio abortus für erlaubt oder für bedenklich ansehe.[2] Eingehend erörtert, soweit ich sehe, die Frage JOH. CONRAD BECKER in einer

[1] Ebenda. 8. Anm.

[2] JOH. PHILIPP SLEVOGT, De crimine abortus, Halae Magdeburgicae 1705 § XII. POLYCARPUS WIRTH, De infanticidio. Lipsiae, ohne Jahreszahl (jedenfalls 17. oder 18. Jahrh.) Num. LXX.

Schrift: De paidioctonia inculpata ad servandam puerperam, Gießen 1729. Er rechtfertigt die Tötung des Kindes aus dem Gesichtspunkt der Notwehr.[1]

## 3. Die Zeit der deutschen Partikularrechte des 19. Jahrhunderts.

### 1. Die Gesetzgebung.

In der Gesetzgebung der gemeinrechtlichen Zeit findet sich eine gewisse Neigung zur Kasuistik. Infolgedessen werden in den Strafgesetzbüchern, wenn auch nicht allzuhäufig, so doch da und dort Fälle erwähnt, die als Material für die Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit einige Bedeutung haben. In der modernen Strafgesetzgebung, als deren erstes Erzeugnis man das bayerische St.G.B. von 1813 anzusehen hat, verschwindet die Kasuistik; man strebt nach Aufstellung fester Regeln, nach welchen die Einzelfälle zu beurteilen sind. Vielfach hat man sich aber zu sicheren Grundsätzen noch nicht durchgearbeitet und zieht es daher vor, sich über gewisse Fragen überhaupt nicht zu äußern, sondern ihre Entscheidung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Dies trifft insbesondere für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu. Notwehr und Notstand, teilweise auch die Einwilligung des Verletzten, finden zwar in den deutschen Landesstrafgesetzbüchern ihre Regelung; darüber hinaus aber bieten diese wenig.

Die Abtreibung der Frucht zur Rettung der Mutter wird überhaupt nicht mehr erwähnt. Dagegen hat man einmal beabsichtigt, eine Bestimmung über die Straflosigkeit der Perforation — der Tötung des lebenden Kindes bei unmöglicher Geburt — in ein St.G.B. aufzunehmen: In dem „Entwurf eines Gesetzbuches über Verbrechen und Strafen für die zum Königreich Sachsen gehörigen Staaten" von Chr. Daniel Erhard, 1816, sagt Art. 623: „Wenn ein Geburtshelfer ein Kind während der Entbindung im Mutterleibe tötet, um das Leben der Mutter zu retten, so kann er deshalb nicht gestraft werden." Leider fand der Artikel in das Gesetzbuch selbst keine Aufnahme. Von anderen ärztlichen Eingriffen zu Heilzwecken ist nirgends die Rede. Das Züchtigungsrecht der Eltern und Lehrer setzt man als bestehend voraus; denn eine Reihe von Gesetzbüchern bedroht die Überschreitung desselben.[2]

[1] Vgl. darüber J. Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation, Berlin 1889, S. 8 u. 18/19.

[2] Bayern 1813 Art. 205. Oldenburg 1814 Art. 120. Württemberg 1839 Art. 268 u. 452. Braunschweig 1840 § 161 Abs. 2, § 170 Abs. 2, § 284. Hannover 1840 Art. 242 Z.I.B. Altenburg 1841 Art. 156. Thüringen 1850 Art. 151. Österreich 1852 § 413. Sachsen 1855 Art. 176, 199.

Nur die strafausschließende Wirkung des Befehls findet in einzelnen Gesetzbüchern eine Berücksichtigung, zunächst im Bayerischen St.G.B. von 1813 Art. 122 (im Kapitel, das von den Gründen handelt, welche die Strafbarkeit ausschließen), und wird hier beschränkt auf den im Staatsdienst von amtlichen Vorgesetzten ausgehenden Befehl.[1] Der Art. 122 und die amtlichen Anmerkungen dazu umgrenzen genau, wie weit für die Befolgung eines Befehls Straflosigkeit bestehe. Grundsätzlich bringe, sagen die Anmerkungen, der Befehl nur in jenen Fällen gänzliche Straflosigkeit hervor, wo auf einer Seite das Recht, zu befehlen, auf der anderen Seite die Verbindlichkeit, unbedingt zu gehorchen, vorhanden sei. Dieses Subordinationsverhältnis sei aber in seiner ganzen Stärke außer dem Staatsdienst nirgends vorhanden. Das Autoritätsverhältnis der Eltern gegenüber den Kindern, der Vormünder gegenüber den Pflegebefohlenen usw. könne zwar die Strafbarkeit einer auf Befehl begangenen Handlung mindern, aber nicht ausschließen, weil hier keine unbedingte Gehorsamspflicht bestehe. Im Staatsdienste dagegen sei die Verbindlichkeit zum Gehorsam gegen Befehle der kompetenten höheren Stelle in wahren Amtssachen unbedingt, und darum hafte alle Verantwortlichkeit auf dem Befehlenden, während der Untergebene gleichsam als Werkzeug der höheren Triebfeder zu betrachten und daher von aller Verantwortlichkeit und Strafbarkeit frei sei. Als Voraussetzungen der Straflosigkeit bezeichnen die Anmerkungen die folgenden: 1. Der Befehl muß von der zuständigen Behörde innerhalb der Grenzen ihres Geschäftskreises erteilt sein. 2. Er muß sich auf „eine wahre Dienstsache" beziehen. 3. Die Handlung darf nur als Mißbrauch, Überschreitung oder Verletzung der Amtspflichten strafbar sein. 4. Der Gehorchende darf nicht selbst durch Vollziehung des Befehls seine eigene Amtspflicht verletzen, was geschähe, wenn er z. B. einen auf offenbar unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen beruhenden Befehl vollzöge, ohne der vorgesetzten Stelle über die wahren Verhältnisse zu berichten.

Die bayerische Bestimmung in Art. 122 St.G.B. pflanzt sich ohne oder doch nur mit unwesentlichen Änderungen in spätere Strafgesetzbücher fort, so in das Oldenburgische (Art. 127), Württembergische (Art. 403), Hannöverische (Art. 85), Hessische (Art. 40), Braunschweigische (§ 251). Nur ist die systematische Stellung nicht überall die gleiche, indem Württemberg und Braunschweig die Bestimmung über die Wirkung des Befehls in dem Abschnitt von den Amtsver-

[1] Art. 122. „Der bloße Befehl zur Begehung eines Verbrechens entschuldigt den Vollbringer nicht von Strafe.

Wenn aber ein Staatsbeamter oder eine öffentliche Behörde ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden eine solche Handlung befohlen hat, welche bloß als Mißbrauch, Überschreitung oder Verletzung der Amtspflichten strafällig ist, so wird nur der befehlende Theil verantwortlich, nicht der gehorchende."

brechen aufnehmen, während sie sonst überall unter den Gründen, welche die Strafbarkeit aufheben, erscheint. Im Bayerischen St.G.B. von 1861 Art. 71[1] taucht sie in etwas veränderter, genauerer Fassung auf. Was man 1813 in die Anmerkungen verwiesen hatte, findet jetzt, wenigstens seinem wesentlichen Inhalte nach, Aufnahme in das Gesetz selbst: Der amtliche Befehl begründet Straflosigkeit für den Gehorchenden, wenn er vom Vorgesetzten innerhalb seines Geschäftskreises und in der gehörigen Form erlassen worden ist; ferner muß die Handlung bloß einen Mißbrauch oder eine Überschreitung der Amtsgewalt oder nur eine Verletzung der Amtspflicht des Vorgesetzten enthalten. Mit der letzten Voraussetzung soll, wie Luden[2] mit Recht annimmt, ausgedrückt werden, „daß der Befehl den Vollbringer nicht straflos mache, wenn die Handlung unter den Begriff eines gemeinen Verbrechens, im Gegensatz eines Dienstverbrechens, falle." Man könne, meint Luden, die Voraussetzung auch so fassen, daß die befohlene Handlung in einer solchen Funktion bestehen müsse, deren Verrichtung dem Gehorchenden überhaupt seinem Dienste zufolge obliege.

In der Fassung von 1861 bedeutet die Vorschrift jedenfalls einen Fortschritt gegenüber den mehr oder minder unklaren Bestimmungen des bisherigen Rechts, wenn vielleicht auch nicht gegenüber jener des Sächsischen St.G.B. von 1855 Art. 94[3], welche die strafausschließende Bedeutung des Befehls bereits mit klaren Worten abgegrenzt hatte.

Weiteres über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Bestimmungen über Notwehr, Notstand und Einwilligung — enthalten die deutschen Partikularrechte, soweit ich sehe, nicht; nur einen Satz des Bayerischen

---

[1] Art. 71: „Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung macht den Thäter nicht straflos.

Hat jedoch ein Beamter oder öffentlicher Diener innerhalb seines Geschäftskreises und in der gehörigen Form seinem dienstlich Untergebenen eine Handlung befohlen, welche nach den bestehenden Gesetzen strafbar ist, und hat der letztere diesen Befehl vollzogen, so ist der Untergebene dann straflos, wenn die Handlung bloß einen Mißbrauch oder eine Überschreitung der Amtsgewalt oder nur eine Verletzung der Amtspflicht des Vorgesetzten enthält.

In allen Fällen bleibt derjenige, welcher den Befehl ertheilt hat, strafrechtlich verantwortlich."

[2] Luden, Handbuch, 1. Band, Jena 1847, S. 312 Anm. 8.

[3] Art. 94. „Der Befehl eines Vorgesetzten kommt dem Untergebenen insofern zu statten, daß er wegen einer in Gemäßheit desselben vorgenommenen Handlung, auch wenn sie etwas Gesetzwidriges enthält, nicht bestraft werden kann, dafern der Vorgesetzte an und für sich zu der Anordnung dieser Handlung berechtigt war, und die Gesetzwidrigkeit des Befehls nicht sofort in das Auge fiel."

St.G.B. von 1813[1], der auch in das Oldenburgische[2] und Hannöverische[3] übergegangen ist, mag man noch hierher rechnen: „Wer ein ihm zukommendes Recht auf gesetzliche Art ausübt, ist wegen des daraus entstehenden Schadens so wenig nach peinlichen, als nach bürgerlichen Gesetzen verantwortlich." Das Bayerische St.G.B. von 1861 hat ihn nicht mehr gebracht.

## 2. Die Literatur.

Der Aufschwung, welchen die deutsche Strafrechtswissenschaft um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts genommen hat, äußert sich auch auf dem hier zu besprechenden Gebiete. In den Lehrbüchern des Strafrechts fehlte es bisher, von geringen Anläufen abgesehen, an einer systematisch geschlossenen Darstellung der allgemeinen Lehren. Über die Anschauung der älteren Kriminalisten in Fragen grundlegenden Charakters kann man sich nur dadurch unterrichten, daß man in den Erörterungen über die einzelnen Delikte nach gelegentlichen Äußerungen über solche Fragen sucht. An der Jahrhundertwende, insbesondere mit Feuerbach, tritt hierin eine Änderung ein. Man bemüht sich jetzt, vor allem den Begriff des Verbrechens zu bestimmen und seine Merkmale festzulegen. Im Anschluß hieran untersucht man, durch welche Gründe die einzelnen Merkmale beseitigt und so im konkreten Fall der Begriff des Verbrechens und damit die Strafbarkeit der Handlung aufgehoben werden können. Wohl waren auch früher die verschiedenen Gründe der Straflosigkeit nicht unbekannt; aber man wußte meist nicht zu unterscheiden, ob es sich um Umstände handelte, welche die Schuld oder die Rechtswidrigkeit ausschlossen oder bloß die Straffolge beseitigten. Von jetzt an bestrebt man sich, diese Fälle auseinanderzuhalten, und so kommt es, daß die Gründe, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, schon in der Literatur der ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts schärfer und selbständiger hervortreten. Freilich kommt es hierbei zu Meinungsverschiedenheiten unter den Schriftstellern. Ein Umstand, der nach der Ansicht des einen die Rechtswidrigkeit beseitigt, hebt nach der Ansicht des anderen nur die Schuld auf und umgekehrt.

Den breitesten Raum unter den Gründen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, nehmen, wie nicht anders zu erwarten, Notwehr, Notstand und die Einwilligung des Verletzten ein. Aber auch jene besonderen Gründe, welche für die vorliegende Abhandlung von Bedeutung sind, bleiben nicht unbesprochen.

Allerdings schleppt man zunächst unter diesen Gründen noch eine Anzahl solcher mit, die sich längst überlebt und in den neuen

[1] Art. 124. [2] Art. 129. [3] Art. 77.

Partikulargesetzgebungen keinen Platz mehr gefunden haben. So spielt noch die Rechtlosigkeit des Verletzten eine große Rolle – bei FEUERBACH[1], v. GROLMAN[2], SALCHOW[3], MARTIN[4], C. G. WÄCHTER[5], BAUER[6] HENKE[7], HEFFTER[8]. Wer durch Urteil des Staates als vogelfrei erklärt und dadurch außerhalb des staatlichen Schutzes gestellt sei, der sei aller Rechte bar, und es gebe daher ihm gegenüber keine rechtswidrige Handlung. FEUERBACH (§ 34 Anm. a) kommt sogar zu dem absonderlichen, in der späteren Literatur viel angefochtenen und nur von v. GROLMAN (§ 259 Anm. a) angenommenen Ergebnis, daß die Tötung eines zum Tode Verurteilten, welche ein Unberufener vornehme, nicht als Verbrechen wider das Recht des anderen auf Leben, also nicht als Tötungsverbrechen, sondern nur als Vergehen wider die öffentliche Ordnung, als Polizeiübertretung, anzusehen sei. — Ferner hält man eine Injurie für ausgeschlossen in bezug auf denjenigen, der durch Richterspruch für ehrlos erklärt war.[9] — Auch die Tötung des nächtlichen Diebes und des überraschten Ehebrechers wird noch von manchen als rechtmäßig angesehen, oder es wird doch ihre Erlaubtheit nur als bestritten bezeichnet[10], und endlich halten einzelne die Tötung feindlicher Soldaten außerhalb des Gefechtes durch Zivilpersonen für nicht rechtswidrig. So SALCHOW[11]. Er nimmt an, daß der feindliche Krieger, gleichviel ob im Heere oder einzeln, in Feindes Land nicht unter dem Schutze der Gesetze stehen könne; mithin sei auch die Tötung, welche der Bürger gegen ihn als einen Feind seines Staates vornehme, kein eigentliches Verbrechen der Tötung, und könne nur aus polizeilichen Rücksichten gestraft werden, insofern

[1] FEUERBACH, Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 4. Aufl. 1808 §§ 32, 33, 34, 40. (Die 1. Aufl. von 1801 steht mir nicht zur Verfügung.)

[2] VON GROLMAN, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft 4. Aufl. 1825 § 137 lit. b.

[3] SALCHOW, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 3. Ausgabe, Halle 1823, §§ 28, 196.

[4] MARTIN, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts. 2. Ausgabe, Heidelberg 1829 § 42.

[5] CARL GEORG WÄCHTER, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. Erster Theil, Stuttgart 1825, § 57.

[6] ANTON BAUER, Lehrbuch des Strafrechts. 2. Ausgabe, Göttingen 1833, § 46.

[7] EDUARD HENKE, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 1. Theil Berlin und Stettin 1823 S. 200. [8] HEFFTER, Lehrbuch. 4. Aufl., Halle 1848, § 37.

[9] FEUERBACH § 34 Anm. a. u. § 277. SALCHOW § 253. MARTIN § 163. WÄCHTER § 152 Anm. 79. TITTMANN, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2. Band 2. Auflage, Halle 1823 § 329 u. 344. HEFFTER § 37 Anm. 3.

[10] FEUERBACH §§ 322, 383. SALCHOW § 303. ROSSHIRT, Lehrbuch des Criminalrechts, Heidelberg 1821, § 205. WÄCHTER § 54 Anm. 11, § 214 Anm. 69. HENKE 1. Teil § 38 S. 238. HENKE erklärt die Zulässigkeit der Tötung des Ehebrechers und der Ehebrecherin „aus den allgemeinen Grundsätzen über den höchsten Grad des gerechten Affects, wodurch alle Zurechnung ausgeschlossen wird." [11] § 196.

dadurch der Feind zur Rache gereizt werde. Auch HENKE[1] hält grundsätzlich die Tötung feindlicher Soldaten für erlaubt, sofern nicht ein positives Verbot des Staates entgegenstehe. Die Begründung seiner Ansicht ist allerdings etwas verworren. Er will die Straflosigkeit nicht daraus ableiten, daß der Staatsschutz sich auf den feindlichen Soldaten nicht erstrecken könne, sondern meint, daß derjenige, welcher einen Staat bekämpfe, den Bürgern dieses Staates stillschweigend die Erlaubnis gebe, ihn zu verletzen. Im gleichen Absatz führt er die Straflosigkeit der Tötung aber auch darauf zurück, daß der Krieg eine völlige Aufhebung des Rechtszustands bedeute.

Allmählich wirft man diesen alten Ballast über Bord. Sehr schnell bricht sich die Einsicht Bahn, daß FEUERBACHS und v. GROLMANS ungeheuerliche Auffassung von der Tötung des zum Tode Verurteilten unhaltbar sei.[2] Bald kommt man auch zu der Überzeugung, daß die Frage der allgemeinen Rechtlosigkeit jede praktische Bedeutung verloren habe, da es eine Verhängung solcher Rechtlosigkeit, eine Acht, gar nicht mehr gebe.[3] Und auch dieser Erkenntnis kann man sich auf die Dauer nicht verschließen, daß selbst die Verhängung der vollen Ehrlosigkeit nicht die Entziehung der allgemeinen Menschenwürde bedeute, daß die letztere überhaupt nicht genommen werden und daher sehr wohl Gegenstand rechtswidriger Verletzung bleiben könne.[4] — Die Tötung des nächtlichen Diebes betrachtet man nur mehr aus dem Gesichtspunkt der Notwehr und verlangt für ihre Erlaubtheit deren Voraussetzungen.[5] Am Tötungsrecht gegenüber dem überraschten

[1] 1. Teil § 38 S. 236/7.

[2] Vgl. z. B. TITTMANN 1. Teil § 146. LUDEN, Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechts, 1. Band, Jena 1847, § 50 Anm. 12. ABEGG, Über die angebliche Rechtlosigkeit der zum Tode Verurtheilten. Neues Archiv des Criminalrechts 9. Bd. 1826 S. 625 ff. BERNER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1857 § 84. KÖSTLIN, Neue Revision 1845 S. 666. GEIB, Lehrbuch 2. Bd. S. 218. — Die Unrichtigkeit der von FEUERBACH vertretenen Ansicht war schon vor Jahrhunderten im Corpus juris canonici betont worden: c. 14 C. 23 qu. 5: „Quum minister judicis occidit eum, quem judex jussit occidi, profecto, si id sponte facit, homicida est, etiamsi eum occidat, quem scit a judice debuisse occidi."

[3] TITTMANN a. a. O. LUDEN a. a. O. S. 333. HEFFTER, Lehrbuch des Kriminalrechts. 4. Aufl. 1848 § 37 Anm. 2. BERNER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1857 § 84. GEIB, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Bd. 1862 S. 216.

[4] HENKE 2. Teil § 122 S. 245. ABEGG, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836 § 104. MITTERMAIER in der Ausgabe von FEUERBACH, Lehrbuch. 1847 § 27 Note II. BERNER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1857 § 84. LUDEN a. a. O. S. 333/334 Anm. 12. GEIB, Lehrbuch. 2. Band 1862 S. 218.

[5] v. GROLMAN § 184. ABBEG, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. Breslau 1830 S. 153. FEUERBACH 14. Aufl. 1847 § 322 und MITTERMAIER in seinen Anmerkungen hierzu. LUDEN, Handbuch des Strafrechts 1. Bd. Jena 1847 S. 332. HEFFTER, Lehrbuch § 230 Anm. 10b.

Ehebrecher hält man ebenfalls kaum mehr fest.[1] Jedenfalls gründet man eine etwaige Straflosigkeit des hintergangenen Ehemannes nicht auf eine vom Gesetz ihm eingeräumte Tötungsbefugnis, sondern nur auf einen Zustand der Zurechnungsunfähigkeit, herbeigeführt durch den hohen Grad der Erregung, in welche ihn der Fall versetzt habe. Es handelt sich also hier höchstens um einen Schuldausschließungsgrund. — Schließlich bleibt noch die Tötung des feindlichen Soldaten durch Zivilpersonen. Die allmählich sich durchsetzende bessere Einsicht verneint das Recht zu solcher Tötung. Man erkennt, daß der Krieg keineswegs eine völlige Aufhebung des Rechtszustandes mit sich bringe und daß er auch nur zwischen den feindlichen Heeren geführt werde, nicht aber zwischen Soldaten und der bürgerlichen Bevölkerung.[2]

Das Hauptverdienst an der endgültigen Beseitigung dieser vielbesprochenen Fälle angeblich ausgeschlossener Rechtswidrigkeit aus der Literatur gebührt Abegg, der in der zweiten Abhandlung seiner „Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, Breslau 1830", welche den Titel trägt „Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen", in eingehender historisch-dogmatischer Darstellung nachweist, daß in dem Rechte des modernen Staates jene „erlaubten Tötungen" keinen Platz mehr haben.[3]

Was an Gründen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen und für die vorliegende Abhandlung in Betracht kommen, übrigbleibt, sind die folgenden:

## 1. Der Befehl.[4]

Als ein Grund, der die Strafe vollständig ausschließt, wird der Befehl durchgehends nur dann bezeichnet, wenn er zu unbedingtem

[1] Luden, ebenda S. 330/331. Heffter, Lehrbuch. § 230 Anm. 7. Mittermaier in den Anmerkungen zu Feuerbachs Lehrbuch. § 383 Note IV.

[2] Tittmann I. Teil § 146. Bauer § 46 Anm. b. Köstlin, Neue Revision. 1845 S. 666/7. Luden § 50 Anm. 11. Heffter § 37 Anm. 2. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Bd. 1862 S. 217. Übrigens hatte schon früher Aschenbrenner die Unerlaubtheit der Tötung feindlicher Soldaten nachzuweisen sich bemüht in einem Aufsatz: „Zu welcher Classe von rechtlich unerlaubten Handlungen kann die Erschlagung feindlicher Kriegsleute von unmilitairischen Mitgliedern des Staats gerechnet werden?" Archiv des Criminalrechts. 4. Band 1802 S. 57 ff.

[3] Vgl. noch Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen 1845, § 178 S. 663.

[4] Feuerbach § 33. v. Grolman § 145 Note d. Salchow §§ 20, 21, 77, 79. Tittmann I. Teil § 107 S. 215/216. Henke I. Band S. 241/242 u. 272/273. K. G. Wächter §§ 60, 68. Martin § 44. Bauer § 49. Abegg, Untersuchungen, S. 90 ff. Abegg, Lehrbuch. § 105. Luden § 47. Köstlin, Neue Revision. § 178 S. 663 ff. Mittermaier zu Feuerbach. § 91 Note IV des Herausg. Heffter 4. Aufl. 1848 § 54. Berner 1857 § 84. Geib 2. Bd. § 90.

Gehorsam verpflichtet, und solche Gehorsamspflicht wird einzig und allein in öffentlichen Dienstverhältnissen angenommen. Als zweifellosester Fall findet sich meistens das Verhältnis des Soldaten zu seinem Vorgesetzten angegeben. Man pflegt sich hierbei auf eine Stelle bei GRATIAN zu beziehen: c. 13 C. XXIII qu. 5: „Miles, cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii; immo nisi fecerit, reus imperii deserti atque contempti est. Quod si sua sponte atque auctoritate fecisset, crimen effusi humani sanguinis incidisset. Itaque unde punitur, si fecerit injussus, inde punietur, si non fecerit jussus." Aber auch bei anderen öffentlichen Unterordnungsverhältnissen wird die Verpflichtung zum Gehorsam anerkannt. Doch lehnt man „blinden" Gehorsam ab, spricht vielmehr dem Untergebenen in gewissen Grenzen ein Prüfungsrecht oder auch eine Prüfungspflicht gegenüber dem Befehl zu. Die Begrenzung der Gehorsamspflicht, welche sich in Art. 122 Bayer. St.G.B. von 1813 findet, wird teils wörtlich, teils dem Sinne nach in einen großen Teil der späteren Literatur übernommen. So z. B. von HENKE, der S. 241/242 den Inhalt des Art. 122 samt den Anmerkungen dazu fast wörtlich wiedergibt. Später faßt man die Voraussetzungen der Gehorsamspflicht in folgende Sätze zusammen: „Zuvörderst ist notwendig, daß der Befehl von der kompetenten Behörde ausgegangen sei, von welcher der Gehorchende überhaupt Befehle zu empfangen hat". „Zweitens ist erforderlich, daß der Befehl in der vorgeschriebenen Form erlassen worden sei." „Drittens gehört zur gesetzlichen Verbindlichkeit eines Befehls, daß die befohlene Handlung in einer solchen Funktion bestehe, deren Verrichtung dem Gehorchenden überhaupt seinem Dienste zufolge obliegt." So LUDEN § 47 in Anlehnung an die schon oben zitierten neueren deutschen Partikularstrafgesetzbücher. In Ansehung dieser drei Voraussetzungen will LUDEN dem Untergebenen eine Berechtigung und eine Verpflichtung zur Prüfung der ihm zugegangenen Befehle zuerkennen. Ebenso KÖSTLIN, Neue Revision S. 665. Dieser fügt noch bei, „daß der Subalterne, wenn er den widerrechtlichen Charakter des Befehls kenne und zum Remonstrieren noch Zeit habe, letzteres zu thun verpflichtet sei". — Einzelne Beispiele straflosen Gehorchens führt ABEGG, Lehrbuch § 105, auf: „Tödtung durch den Nachrichter unter rechtmäßigen Voraussetzungen, Gefangennehmung durch Gerichts- und Policeidiener, Tödtung durch Soldaten im Kriege und Verwundung, Gefangennehmung, Arretirung, ferner Auspfändung durch Exekutoren."

So einig man nun auch darüber ist, daß bei unbedingter Gehorsamspflicht der Untergebene nicht zur Verantwortung gezogen werden könne, so wenig Übereinstimmung besteht über den rechtlichen Grund der aus dem Befehl sich ergebenden Straflosigkeit. Die

einen sehen im Befehl einen Grund, der die „Zurechnung", die Schuld, ausschließt, die zweiten einen Umstand, der die Rechtswidrigkeit beseitigt; die Anschauung anderer wiederum läßt sich überhaupt nicht klar erkennen.

Zu den letzteren zählt SALCHOW. Er spricht an zwei Stellen vom Befehl, zunächst bei der Festlegung des Verbrechensbegriffs. Zu den notwendigen Erfordernissen des Verbrechens rechnet er den „Mangel eines Rechtsgrundes zur Ausführung der Handlung, weil sie durch letzteren für den Handelnden eine rechtmäßige werde." § 20. „Dieses" (nämlich daß sie rechtmäßig werde) „ist der Fall, wenn die Handlung auf Befehl des Staats oder des Oberherrn als solchen von einem Unterthan geschieht."[1] § 21. An dieser Stelle ist kein Zweifel, daß der Befehl als ein Grund, der die Rechtswidrigkeit ausschließt, angesehen wird. Später spricht SALCHOW unter dem Kapitel „Von den gesetzlichen Bedingungen zur Anwendung des Strafgesetzes" (S. 50ff.) nochmals vom Befehl. Er erörtert in diesem Kapitel die Zustände, „welche für den Handelnden die Fähigkeit aufheben, entweder zur Einsicht von der Strafbarkeit seiner Handlung zu gelangen oder sich mit Freyheit zu derselben zu bestimmen", und daher die Strafbarkeit ausschließen. Hierher zählt er den Zustand der Kindheit, Geisteskrankheit, Trunkenheit, Rechtsunwissenheit, des Affekts und dgl. und fährt dann fort (§ 77): „Die Anwendung des Strafgesetzes kann ausgeschlossen werden, wenn die gesetzwidrige Handlung ihren Grund in Gewalt oder Befehl von seiten eines anderen hat." Der Befehl wird hier ausdrücklich unter diejenigen Umstände, die wir Schuldausschließungsgründe nennen, eingereiht, im Gegensatz zu der früheren Stelle. Der Widerspruch läßt sich nicht etwa dadurch beseitigen, daß man an der ersten Stelle nur an öffentliche, an der zweiten an irgendwelche private Unterordnungsverhältnisse denkt: denn die zweite Stelle (§ 79) führt öffentliche Dienstverhältnisse als Beispiele an: richterlichen und militärischen Befehl.

Auch K. G. WÄCHTER sieht im Befehl bald einen Grund, der den Verbrechenscharakter beseitigt, bald einen bloßen Schuldausschließungsgrund, ersteres, wenn der Befehl ein gesetzlich vollkommen verbindlicher ist (§ 60), letzteres „in den Fällen, in welchen er nicht gesetzlich vollkommen verbindlich ist, doch bisweilen bey geringeren Verbrechen nach der Ansicht der Gesetze die Zurechenbarkeit ausschließt" (§ 68 Note 30) — „wenn man unter gewissen besonders imponierenden Verhältnissen einem gesetzlich nicht vollkommen verbindlichen Befehl folgt" (§ 68 Note 19).

[1] Anmerkungsweise fügt SALCHOW bei: „Der Scharfrichter, welcher den zum Tode Verurtheilten hinrichtet, begeht kein Verbrechen der Tödtung, wenn er sich auch von einem Justizmorde überzeugt hält."

Zweifellos als bloßer Schuldausschließungsgrund erscheint der Befehl bei TITTMANN (s. S. 215/216). Er wird der Nötigung gleichgestellt: „Die Zurechnung mehrt oder mindert sich nach dem Grade, in welchem der Vollstrecker dem Befehlshaber unterworfen war: unbedingte Unterwerfung, wo Nichterfüllung des Befehls strafbar ist (z. B. bei Soldaten), setzt den Befehl der Nötigung gleich und den Vollstrecker außer aller Schuld". Auf dem gleichen Standpunkt steht noch HEFFTER § 54.

Die meisten Schriftsteller erblicken indessen im Befehl einen Grund, der die Rechtswidrigkeit beseitigt; nur die Art und Weise, wie sie dies begründen, ist je nach ihrer Auffassung des Begriffs der Rechtswidrigkeit verschieden.

FEUERBACH verlangt zum Begriffe des Verbrechens den Mangel eines Rechtsgrundes; ist ein solcher vorhanden, so ist die Handlung rechtmäßig; dies treffe zu, wenn sie auf Befehl des Oberherrn im Staate von dessen Untertanen geschehen sei. (§ 33.)

In gleichem Sinn äußert sich auch BAUER, der in einem verfassungsmäßig erteilten, obrigkeitlichen Gebot einen besonderen Rechtsgrund zur Vornahme der sonst dem Gesetz zuwiderlaufenden Handlung sieht (§ 49).

Nach HENKE ist zum Begriffe einer Rechtsverletzung erforderlich daß zwischen Verletzer und Verletztem ein Verhältnis von Zwangsrechten und Zwangsverbindlichkeiten bestehe, und zwar auch gerade im Zeitpunkt der Verletzung. Durch Rechtsgründe, welche jenes Verhältnis in einem bestimmten Momente aufhöben oder von der Heilighaltung eines bestimmten Rechts eines anderen, befreiten, werden der Begriff der Rechtsverletzung und des Verbrechens ausgeschlossen (§ 36). Zu diesen Gründen gehöre außer der Notwehr und der eigenen Erlaubnis des Verletzten unter gewissen Voraussetzungen auch der Befehl zur Begehung einer Handlung (§ 38 cc. 1. Bd. S. 241 ff.).

ABEGG sieht in der „Rechtswidrigkeit (meist jetzt Gesetzwidrigkeit) der Handlung die Eigenschaft derselben, den Widerspruch gegen die Objektivität des Rechts zu offenbaren, so daß jener, in dem sich entgegensetzenden Willen des Subjekts gegründet, die Verletzung, den Bruch — enthält" (§ 100). Eine Handlung, die sonst und an sich widerrechtlich erscheinen würde, verliere diese Eigenschaft, wenn das zu einem Verbrechen wesentliche Merkmal der Entgegensetzung der subjektiven Gesinnung nicht stattfinden könne (§ 101). Vollführe nun ein Amtsuntergebener einen innerhalb der verfassungsmäßigen Grenzen der Amtsgewalt ihm erteilten Befehl, so begehe er kein Verbrechen, da „sein schuldiger Gehorsam den Widerspruch gegen das Gesetz entferne" (§ 105). Ähnlich rechnet LUDEN den Befehl unter die „Gründe, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen", da der Gehorchende in einem solchen Falle nicht die

zum Begriff des Verbrechens erforderliche verbrecherische Willensbestimmung haben könne, weil sein Wille gerade darauf gerichtet sei, einer gesetzlichen Verbindlichkeit zu genügen (§ 47). Ihm schließt sich KÖSTLIN, Neue Revision S. 664, an mit den Worten, LUDEN nehme zutreffend an, daß der Befehl dem Gehorchenden als das im einzelnen Falle anzuwendende Gesetz selbst erscheinen müsse.

### 2. Amtliche Befugnis.[1]

Nicht alle Schriftsteller, die den Befehl unter den Gründen aufführen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, nennen unter diesen Gründen auch Amtsrecht und Amtspflicht. Einige gedenken der Amtsgewalt überhaupt nicht, andere, so FEUERBACH, TITTMANN, SALCHOW, WÄCHTER, BAUER, ABEGG, widmen ihr nur einige Worte bei Erörterung der Frage, wann die Beleidigung rechtswidrig sei, und verneinen ihre Rechtswidrigkeit, wenn die Amtspflicht den Träger des Amtes zum Gebrauch von Ausdrücken nötige, die an sich ehrverletzenden Charakter trügen. Dagegen übergehen sie dort, wo sie den Ausschluß der Rechtswidrigkeit im allgemeinen besprechen und wo man ein Wort über das Amtsrecht erwarten sollte, dieses vollständig. Es mag das entweder damit zusammenhängen, daß sie in der amtlichen Befugnis einen Rechtsgrund erblicken, dessen unrechtausschließende Kraft sich von selbst verstehe und daher keiner ausdrücklichen Erwähnung bedürfe, oder vielleicht auch damit, daß sie den in Ausübung seines Amtes Handelnden als durch den Befehl des Landesherrn, der ihm das Amt mit allen Rechten und Pflichten übertragen hat, ein für allemal gedeckt ansehen. In letzterem Fall wäre dann einfach das über den Befehl Gesagte auch hier maßgebend.

Einige Schriftsteller aber befassen sich, wenn auch nur kurz, mit der Amtsgewalt grundsätzlich. MARTIN und HEFFTER geben allerdings keine innere Begründung für die Straflosigkeit der Amtshandlung. Der erstere begnügt sich, unter den „nur ausnahmsweise erlaubten Handlungen" diejenigen zu nennen, bei welchen „die Erfüllung einer öffentlichen Amtspflicht die Nichtachtung eines Rechtes im einzelnen Falle unvermeidlich erheischt hat," der letztere bezeichnet ein Verbrechen als undenkbar, „wenn die an sich verletzende Handlung in den verfassungsmäßigen Befugnissen der Staatsgewalt oder einzelner Staatsbehörden und Diener der öffentlichen Ordnung ihre Rechtfertigung findet." HENKE dagegen sucht nach einem tieferen Grund der Straflosigkeit der Amtshandlungen und findet ihn darin,

[1] FEUERBACH § 280. SALCHOW § 254. TITTMANN 2. Bd. § 334 S. 203 u. Anm. i. K. G. WÄCHTER 2. Teil § 152 S. 84 Anm. 81b. HENKE 1. Teil § 38 S. 238 u. 239, 2. Teil § 123 S. 252. ABEGG § 297. LUDEN § 49. BERNER 1857 § 84. GEIB 2. Band § 90 S. 219.

daß sie „nicht als selbständiger Zweck gesetzt waren, sondern als die einzigen Mittel zu einem an sich erlaubten, ja gebotenen Zweck erschienen". LUDEN erklärt den Mangel der Rechtswidrigkeit der Amtshandlung aus dem Fehlen der zum Verbrechensbegriff erforderlichen verbrecherischen Willensbestimmung: „Der Handelnde kann keinen verbrecherischen Willen haben, wenn er den Willen hat, seiner durch das Dienstgesetz ihm auferlegten Pflicht zu genügen." Ähnlich begründet BERNER die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung. Nehme man als Beamter eine Handlung vor, zu der das Amt berechtige, so übe man den objektiven Willen des Staates aus. Fordere die Amtspflicht vom Beamten die Aufhebung eines Rechts, so sei diese kein Verbrechen, weil nicht eine Auflehnung des Sonderwillens des Beamten gegen den Staatswillen vorliege.

### 3. Erziehungs- und Zuchtgewalt.[1]

Nirgends wird in den älteren Lehrbüchern bei den Lehren des allgemeinen Teils die Erziehungs- und Zuchtgewalt unter den Gründen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, aufgeführt.[2] Alles, was über sie gesagt wird, findet sich im Abschnitt über die Injurie und läßt sich, da hier eine seltene Einmütigkeit unter den Schriftstellern herrscht, die sich übrigens bei der Einfachheit des Falles von selbst versteht, in die Sätze zusammenfassen: Rechtswidrigkeit der Injurie liegt nicht vor, wenn ein Recht zu einer an sich ehrenkränkenden Handlung gegeben ist. Ein solches Recht aber steht demjenigen zu, der eine Erziehungs- oder Zuchtgewalt gegenüber anderen besitzt, so insbesondere den Eltern, Lehrern und Dienstherrschaften. Das Recht verwandelt sich in Unrecht, wenn das Maß der erlaubten Züchtigung überschritten wird.

### 4. Ärztliches Handeln.

a. Der Streit über den Rechtsgrund der Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs zu Heilzwecken ist der Deutschen Literatur aus der Zeit vor dem R.Str.G.B. ebenso unbekannt wie den italienischen Praktikern des Mittelalters. All die Kriminalisten zwischen 1800 und 1870, in deren Werken ich nachsehen konnte, betrachten die Rechtmäßigkeit der ärztlichen Heilhandlung als so selbstverständlich, daß keiner sich

[1] FEUERBACH § 280. v. GROLMAN § 215. SALCHOW § 254. TITTMANN 2. Band § 334 S. 203. WÄCHTER § 152 Zweiter Theil S. 84 Note 81 b. BAUER § 210. HENKE 2. Band § 123 S. 252. ABEGG § 297 S. 408. HEFFTER § 301.

[2] Nur HEFFTER (§ 10) erwähnt dort, wo er kriminelles und Disziplinarstrafrecht einander gegenüberstellt, im allgemeinen Teil das Disziplinarrecht des Hausvaters, der öffentlichen Lehr- und Schulanstalten usw.

müht, nach dem Grund zu suchen, der hier die Rechtswidrigkeit ausschließe. Einzig und allein MARTIN sieht sich bei Erörterung des „Verbrechens bewirkter Zeugungsunfähigkeit" zu der Bemerkung veranlaßt, daß, da zu seinem Tatbestande „eine widerrechtliche und absichtlich auf Vernichtung der Zeugungsfähigkeit eines Menschen gerichtete Handlung" erforderlich sei, „eine zur Lebensrettung oder zur Herstellung der Gesundheit erforderliche Operation solcher Art nicht zu diesem Verbrechen gehöre, die Einwilligung des Entmannten allein hingegen unerheblich sei."[1] Im übrigen beschäftigt die Kriminalisten höchstens die Frage der Haftung für ärztliche Kunstfehler, die unter die Lehre von der Fahrlässigkeit gehört und hier nicht von Interesse ist.

b. Um so lebhafterer Streit entsteht im 19. Jahrhundert über die Frage, ob das noch ungeborene, ob insbesondere das soeben in der Geburt stehende, aber auf normalem Weg nicht an die Außenwelt zu bringende Kind zur Rettung der Mutter geopfert werden dürfe, und auf welchen Rechtsgrund die Straflosigkeit seiner Tötung zurückzuführen sei.[2]

---

[1] MARTIN § 134 und Anm. 4.

[2] Literatur über die Frage der procuratio abortus und der Perforation des lebenden Kindes zur Rettung der Mutter für die hier in Betracht kommende Zeit: v. GROLMAN § 281. SALCHOW § 234. R. G. WÄCHTER § 162 Note 24. MARTIN § 115 Anm. 4 und § 136. ABEGG, Untersuchungen. S. 117ff. ABEGG, Zur Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Medizinalpersonen, mit besonderer Berücksichtigung des Preuß. Rechts. GOLTDAMMERS Archiv 13. Bd. 1865 S. 324ff. hier S. 351. MITTERMAIER zu FEUERBACH 1847 § 207 Note II des Herausgebers. HEFFTER § 262. BESELER, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, Leipzig 1851 §§ 181, 182 Anm. IV S. 360. BERNER 1857 § 85 S. 128. GEIB 2. Band § 90 S. 222 u. 223. Neues Archiv des Criminalrechts. 1. Bd. 1816/17 S. 513—515 von einem ungenannten Einsender: „Inwiefern unterliegen Fehler in der ärztlichen Behandlung einer criminellen Untersuchung?" FRANZ EDLER v. ZEILLER, Beitrag zur Beantwortung der Frage, ob im Falle der Geburt, wenn das Kind nicht geboren werden kann, die vom Geburtshelfer vorgenommene Perforation des noch lebenden Kindes als Tötung zu betrachten sei (in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde, herausgegeben von A. WAGNER. Wien 1825, 2. Bd. S. 211ff.). SEBASTIAN JENULL, „Über einige Zweifel in Fällen des Mords und anderer Tötungen, insbesondere über die Zulässigkeit der Perforation der Leibesfrucht bei Geburtsnöthen." Ebenda 1826. 1. Bd. S. 300 hier 313ff. MITTERMAIER, Über die Gränzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation (im Neuen Archiv des Criminalrechts. 8. Bd. 1826 S. 596—609). Vgl. dazu RUSTS Magazin für die gesamte Heilkunde, Bd. 40 Heft 3 Nr. 21, Berlin 1833, wo sich eine eingehende Kritik von MITTERMAIERS Abhandlung findet. FRANZ CARL NÄGELE (Mediziner) De jure vitae et necis, quod competit medico in partu. Heidelberg 1826. A. TELTING, De juribus nandum natorum. Groningae 1826. Mir nicht zugänglich. Ihr Inhalt ist wiedergegeben in einer Rezension im Neuen Archiv des Criminalrechts. 9. Bd. 1827 S. 173—175. L. MENDE (Mediziner),

Selten hat man wohl, um eine jedem Vernünftigen einleuchtende Sache zu beweisen, so viele und verschiedenartige, zum Teil absonderliche Gründe aufgeboten wie hier. Nicht ernst zu nehmen sind die Versuche, die Rechtmäßigkeit der Tötung des Kindes aus dem Gesichtspunkt der Notwehr zu begründen.[1] Sie scheitern von vornherein an der Unmöglichkeit, die Situation des Kindes im Mutterleib bei der Geburt als einen auch nur objektiv rechtswidrigen Angriff, ja überhaupt nur als „Angriff" auf die Mutter zu betrachten. — Phantasievoll ist JANOULIS Annahme eines stillschweigenden Vertrags des Weibes mit dem Staat, „wodurch es sich verbindlich macht, dem Staate Bürger zu liefern, sei es auch mit einiger Gefahr seines eigenen Lebens, aber insofern diese Gefahr überhaupt unabwendbar ist". Trete die Gefahr ein, so berufe sich das Weib auf den Vertrag und der Staat könne es nun zur Duldung des Kaiserschnitts nicht zwingen; der Arzt aber müsse das Recht der Mutter aus dem Vertrage achten und diejenigen Mittel anwenden, welche die Gefahr für die Mutter beseitigen. — Als willkürlich glaube ich WÄCHTERS und WILDES Auffassung bezeichnen zu dürfen. Sie betrachten das Kind im Mutterleib als Teil der Mutter, als pars ventris. WÄCHTER will überdies das Kind bloß für den Fall der Gebärunmöglichkeit so be-

---

Über die Anbohrung und Enthirnung des Kopfes einer Leibesfrucht bei schweren Geburten, und über ihr Verhältnis zum Kaiserschnitte. In geburtshilflicher und gerichtlich-medizinischer Beziehung (in „Beobachtungen und Bemerkungen aus der Geburtshilfe und gerichtlichen Medizin", Bd. V, Göttingen 1828). FRIEDRICH WEISS, An liceat vivo foetu perforationem facere, si foemina sectionem caesaream recusaverit? München 1831. J. JANOULI, Über Kaiserschnitt und Perforation in gerichtlich-medizinischer Beziehung. Heidelberg 1834. Hiezu die Rezension eines nicht genannten Kritikers im Archiv des Criminalrechts. Neue Folge 1835 S. 147—150. F. A. WILDE (Mediziner), Das weibliche Gebärunvermögen. Berlin 1838. H. M. SCHAFFRATH, De jure vitae et necis quod competere dicunt medico. Bonn 1840. IGNAZ DÜNTZER (Mediziner), Die Kompetenz des Geburtshelfers über Leben und Tod. Mit besonderer Rücksicht auf die Streitfrage: Darf in zweifelhaften Fällen das Kind der Mutter oder die Mutter dem Kinde geopfert werden? Köln 1842. KÖSTLIN, Neue Revision. S. 602—606. MITTERMAIER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ärzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen wegen Kunstfehler oder anderen Handlungen oder Unterlassungen in bezug auf Ausübung ihrer Kunst. Archiv des Criminalrechts. Neue Folge 1853 S. 1 ff., hier S. 169—172. HYE-GLUNEK, Commentar zum österr. Str.G.B. v. 1852 § 2 g. LEVITA, Das Recht der Notwehr. Gießen 1856 S. 3 N. 2. OSENBRÜGGEN, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, 1. Bd., Erlangen 1857, S. 116 ff.

Die ältere medizinische Literatur über die Frage ist, augenscheinlich erschöpfend, angegeben bei FRITZ SIPPEL, Über die Berechtigung der Vernichtung des kindlichen Lebens zur Rettung der Mutter vom geburtshilflichen, gerichtlich-medizinischen und ethischen Standpunkt. Tübingen 1902. (Von der medizinischen Fakultät in Tübingen gekrönte Preisschrift.)

[1] v. ZEILLER, Friedrich Weiß.

trachtet wissen und es dann einem zu amputierenden Arm gleichstellen. Dieser, allerdings im römischen Recht vertretenen Ansicht, widersprechen die modernen gesetzlichen Bestimmungen, die der Leibesfrucht einen selbständigen Rechtsschutz, sogar gegenüber Angriffen der Mutter zugestehen. — Hye-Glunek möchte den Arzt wegen Irrtums über die Rechtswidrigkeit straflos lassen. Nach § 2 lit. e des österreichischen Str.G.B. werde die Handlung nicht als Verbrechen zugerechnet, wenn ein solcher Irrtum mit unterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ, und der Arzt erkenne eben in seiner Handlung nicht ein Verbrechen. Es scheint mir dies eine mangelhafte Begründung; sie läßt die Rechtswidrigkeit der Handlung bestehen und schafft für den Arzt nur einen Schuldausschließungsgrund, der noch dazu dann versagen müßte, wenn der Arzt darüber orientiert ist, daß die Handlung an sich als rechtswidrig zu gelten hat.

An einer einzigen Stelle finde ich eine Bezugnahme auf den später so viel erörterten ärztlichen Beruf, der bei Eingriffen des Arztes die Rechtswidrigkeit beseitigen soll. Beseler begründet nämlich in seinem Kommentar zum preuß. Str.G.B., Leipzig 1851, §§ 181 u. 182 Anm. IV S. 360 die Straflosigkeit der Vernichtung der Leibesfrucht mit den Worten: „Der Arzt, welcher, um der Mutter das Leben zu erhalten, ihr die Leibesfrucht abnimmt oder tötet, handelt in der Pflicht seines Berufs.“ Daß damit aber gar nichts begründet ist, daß man vielmehr einen weiter zurückliegenden Grund für die Straflosigkeit finden müßte, den Grund, warum denn der Staat einen Beruf zulasse, dessen Ausübung in der fortgesetzten Begehung von an sich strafbaren Handlungen besteht, dies erkennt Beseler noch nicht.

Die meisten leiten die Straflosigkeit der Abtreibung und Tötung der Frucht aus einem Notstand der Mutter ab und gestehen, da sie nicht durch einengende Bestimmungen, wie sie das R.Str.G.B. über die Nothilfe enthält, beschränkt sind, die Möglichkeit strafloser Nothilfe auch dem Arzte zu.[1]

Jenull findet, daß die Hauptschwierigkeit in der vorliegenden Frage aus der Anschauung hervorgehe, die Leibesfrucht sei ein Mensch und genieße den gleichen Rechtsschutz wie dieser. In Wirklichkeit genieße sie aber nur einen bedingten Rechtsschutz; es sei ihr nämlich ein Rechtsschutz nur verliehen, soweit dies geschehen könne, ohne daß dadurch ein Mensch in seinen natürlich begründeten Rechten verletzt werde. Da bei dem in Frage stehenden Falle eine solche Verletzung der Mutter eintreten würde, wolle die Gesetzgebung weiterhin die Frucht nicht mehr geschützt wissen, und die

[1] v. Grolman, Salchow, Martin, Abegg, Heffter, Geib, Mittermaier, Nägele, Köstlin, Levita.

Tötung derselben durch den Arzt werde zur rechtlich indifferenten, daher nicht strafbaren Handlung. — Bei der allzuengen Fassung unserer Bestimmung über den Notstand halte auch ich diese Lösung für die einzig mögliche nach geltendem Recht.[1]

Von den Bestimmungen, welche einzelne Landesrechte über die hier behandelten Punkte enthielten, und von den Ergebnissen, welche der Literatur, allerdings in sehr beschränktem Umfang, zu erzielen gelungen war, ging nichts in das Str.G.B. für das Deutsche Reich über. Die Folge ist, daß der Streit über Gründe und Grenzen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit nicht zur Ruhe gekommen ist, im Gegenteil de lege lata und de lege ferenda mit größerer Lebhaftigkeit und eindringenderem Scharfsinn geführt wird als je zuvor. Mögen die Ideen, welche dieser Streit hat reifen lassen, dem Gesetzgeber helfen, für die Regelung des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit im neuen Str.G.B. die geeigneten Formeln zu finden, deren das alte zum Schaden sicherer und einheitlicher Rechtsprechung entbehrt.

[1] Eingehende Erörterungen über die Versuche zur juristischen Rechtfertigung von Abtreibung und Tötung der Frucht zur Rettung der Mutter siehe in meiner (Münchner) Inauguraldissertation „Über die Straflosigkeit der Perforation". Berlin 1889. Auch erschienen in Eulenbergs Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin und öffentliches Sanitätswesen. N.F.L. 2.

**Rudolf Stammler**
Halle a. S.

# Unbestimmtheit des Rechtssubjektes.

# Inhalt.


Seite

1. Zukünftige Unbestimmtheit . . . . . 3
2. Gegenwärtige Unbestimmtheit . . . . . 14
3. Begriff des Rechtssubjektes . . . . . 21
4. Subjektlose Rechte . . . . . 33

## 1. Zukünftige Unbestimmtheit.

Eine Unbestimmtheit des Rechtssubjektes kann in zweifacher Art in Frage kommen: für die zukünftige oder für die gegenwärtige Rechtslage. Das erste ist in dem Rechtsverkehr zu besonders vielfältiger Anwendung gelangt und besitzt in manchen Richtungen nicht geringe praktische Bedeutung, das zweite führt in eindringlicher Weise zu schwierigeren Fragen der wissenschaftlichen Rechtslehre und ihrer Grundbegriffe. Wir wollen die hier geplanten Ausführungen über unser Thema in der Reihenfolge der genannten Unterscheidung anordnen.

Wenn das Rechtssubjekt im besonderen Falle als in der Zukunft unbestimmt erwogen wird, so vermag in der Gegenwart eine doppelte Möglichkeit aufzutreten: Entweder liegen für jetzt nur unmaßgebliche Vorbereitungen vor, und es ist die Rechtsfrage, in der der Zweifel nach einem bestimmten Subjekt auftaucht, überhaupt noch nicht fest geordnet, — oder es ist im gegenwärtigen Zustande alles genau geregelt und eine Unbestimmtheit des Rechtssubjektes nicht vorhanden, es ist aber jetzt schon in Aussicht genommen, daß sich solches ändern könne und dann für jetzt noch unbestimmte Personen in Betracht kommen mögen.

1. Wieder in der ersten Richtung kann unterschieden werden, ob es sich um einen Vertrag oder um eine einseitige Willenserklärung gegenüber einer ungewissen Person handelt.

Für jenes kommt vor allem die oft besprochene Offerte in incertam personam in Betracht, die sich in allbekannter Weise von der bloßen Aufforderung an das Publikum, seinerseits in bindende Verhandlungen einzutreten, unterscheidet.[1] Es wird Einverständnis

[1] Altes H.G.B. 337. — Unabhängig von dem Charakter der einen oder der anderen Art sind die Strafbestimmungen in St.G.B. 184, sowie nach R.Ges. v. 27. 5. 96. Ebenso werden beide Arten gleichmäßig unter die „Nachrichten für den gewerblichen Verkehr" zu bringen sein, mit denen sich das preuß. Gesetz über die Presse v. 12. 5. 51 (noch jetzt in Geltung: R.Ges. v. 7. 5. 74 § 30,2) beschäftigt.

darüber herrschen, daß das Angebot an eine unbestimmte Person nicht unmittelbar unter B.G.B. 145 zu bringen ist. Nun kann schon die dort gegebene „Gebundenheit" an einen Antrag, der einer bestimmten Person gemacht wird, nichts anderes, als die Angabe der Möglichkeiten enthalten, unter denen ein Rechtsverhältnis demnächst zustande kommen kann. Es ist in Wahrheit eine feste rechtliche Beziehung noch nicht gegeben. Um so weniger kann bei dem Vertragsantrage, der der Allgemeinheit gegenüber geschieht, von etwas anderem, als einer bloß einführenden und vorbereitenden Aktion gesprochen werden.[1]

Wird nun der an unbestimmte Personen gerichtete Antrag von einem bestimmten Rechtssubjekt angenommen, so kann dieses dem Antragenden alsbald bekannt werden oder vorerst für ihn noch ungewiß bleiben. Das eine geschieht bei Versteigerungen à tout prix und bei etwaigem Ausbieten zu festem Preise, das in ernster Absicht öffentlich vorgenommen wird. Das zweite kommt bei solchen Lebens- und Unfallversicherungen vor, die durch Unterschrift des Versicherungsnehmers auf einer Zeitungsnummer, neuerdings in England, wie es heißt, auch auf einer Ansichtspostkarte zustande kommen; oder bei zugesandtem Formular der Mitgliedskarte eines Vereins, in den man durch seine Unterschrift auf der Karte eintritt.[2] Auch zählt der Tatbestand eines Rechtsstreites vor dem Reichsgericht hierher, da jemand urkundlich erklärt hatte, für einen gewissen, in das Grundbuch einzutragenden Hypothekenposten sich als Selbstschuldner zu verpflichten, ohne daß ein bestimmter Gläubiger genannt war.[3] Hält man in allen diesen Fällen fest, daß es sich dabei im gegebenen Augenblick nur um vorbereitende Schritte handelt, auf die erst eine feste Vertragsbindung durch Annahme des angeredeten Teiles erfolgen soll, so kann eine Schwierigkeit der juristischen Konstruktion hier in keinem Falle gefunden werden. Und es würde auch nach reinem Römischen Recht ein Bedenken gegen die sachliche Zulässigkeit einer derartigen Vertragschließung aus den Einrichtungen des materiellen Obligationenrechtes wohl nicht hergeleitet werden können, wenngleich die Rechtsform der stipulatio widerstrebt haben würde, da sie nicht unter Abwesenden und nicht mit Unterbrechung der Verhandlungen zustande kommen konnte.[4]

[1] Dies auch in den Fällen, da nach geltendem Rechte ein Rechtszwang zum Kontrahieren besteht, siehe darüber Biermann im Jahrb. f. Dogm. 32, 267.

[2] Ob diese Konstruktion bei öffentlich aufgestellten Automaten anzuwenden sei, ist bekanntlich streitig. Material bei Endemann, Lehrb. d. bürgerl. R. I § 69 N. 20; vgl. auch § 68 N. 12. [3] R.G. 11 No. 52 S. 248f.

[4] § 12 I. de inutilibus stipulationibus (3, 19); l. 137 D. de verborum obligationibus (45, 1); l. 1 § 1 eod. Die bekannten aushelfenden Mittel des Abschlusses durch Sklaven und Urkunden bleiben hier beiseite.

Die berechtigten Zweifel, ob die Römer ein Recht mit wechselndem Inhaber durch Vertrag haben begründen lassen, greifen an dieser Stelle noch nicht ein, weil es sich jetzt nicht um eine feste Bindung gegenüber noch unbestimmten Personen handelt, sondern nur um eine vorbereitende Tätigkeit, während zugleich mit dem Eintreten des verpflichtenden Rechtsverhältnisses auch ein Gegner als certa persona hier besteht. Immerhin vermag man dieser ersten Möglichkeit, in der die Unbestimmtheit eines rechtlich interessierenden Subjektes in Frage gezogen werden kann, wohl nur eine begrenzte Bedeutung beizumessen. Sie wird auch in dem Rechtsverkehr der neueren Zeit kaum zu erheblichen Massenerscheinungen zu zählen sein, und es bleibt insoweit richtig, was SAVIGNY etwas zu allgemein in seiner Weise ausdrückte: „Eine solche individuelle Willkür wird seltener in Verträgen vorkommen, welche meist ein deutlich gedachtes und genau bestimmtes Interesse der Gegenwart befriedigen sollen."[1]

Eine einseitige Willenserklärung, die eine feste Verpflichtung gegenüber einer künftig erst auftretenden Person genügend einleiten würde, ist unter Lebenden schon nach dem regelmäßigen Satze des Römischen und des heutigen bürgerlichen Rechts (B.G.B. 305) gewöhnlich nicht zulässig. Als Ausnahmen hiervon sind nach unserem Rechte nur die Auslobung und die Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber zugelassen, die an anderer Stelle dieser Abhandlung (IV.) erörtert werden sollen. Davon abgesehen würde eine einseitige Willenserklärung, etwa: das erste einlaufende Vertragsangebot bestimmter Art annehmen zu wollen, oder: dem ersten darum Bittenden ein Darlehen in genauerer Weise zu geben, rechtlich unverbindlich sein.[2]

Günstiger wurde die Rechtswirksamkeit von letztwilligen Verfügungen an noch unbestimmte Personen in dem seitherigen gemeinen Rechte angesehen, nachdem das Verbot des letztwilligen Bedenkens von incertae personae, das im früheren Römischen Rechte bestand, durch Justinian beseitigt worden war. Man neigte in der Pandektendoktrin vielfach dazu, das Erfordernis der Bestimmtheit des letzten Willens in Ansehung der eingesetzten oder bedachten Personen nicht allzu streng zu betonen, und eine Entscheidung über diese Personen namentlich dem vernünftigen Ermessen eines Dritten oder

[1] SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts 2 § 103 S. 375.

[2] Anders liegt es bei dem von SUAREZ gebildeten Beispiel (mitgeteilt von GAD in GRUCHOTS Beiträgen 3, 191) „da jemand eine Stelle in einem Hospital für den ersten Armen kauft, welcher ihm morgen auf der Brücke begegnen würde." Dieses würde unter die unten behandelten Möglichkeit eines Vertrags zugunsten eines dritten Unbekannten fallen.

auch dem Zufall zu überlassen, während die Quellen die hier möglichen Fragen nicht immer deutlich und erschöpfend entscheiden.[1] Von älteren Juristen sind mehrfach hierher gehörige Rechtsfälle mitgeteilt. Von LEYSER wird dieser Tatbestand erzählt: Ein reicher Römer, namens Paulus Maccarini, verordnete in seinem Testamente, man möge aus einem bestimmten Waisenhause 20 Waisen auslosen, von diesen ebenso zehn, dann fünf, und drei, endlich einen, und dieser solle der Universalerbe sein, mit der Verpflichtung, des Testators Familiennamen anzunehmen.[2] In der neueren Praxis finden sich: Testament einer Ehefrau, in dem sie die künftige Ehefrau ihres Ehemannes einsetzt; letztwillige Übertragung der Auswahl des Anerben eines Hofes unter mehreren zu Erben eingesetzten Kindern durch eine Vertrauensperson; gemeinschaftliches Testament: falls der zunächst als Erbe eingesetzte Enkel der Erblasser vor erreichter Volljährigkeit versterben sollte, so wird es seinen Eltern oder dem Längstlebenden von ihnen überlassen, eines ihrer übrigen gemeinsamen Kinder zum Grunderben zu ernennen, mit Vorzug der Söhne vor den Töchtern; eine letztwillige Verfügung, durch die ein Bauernhofbesitzer seiner Ehefrau die Auswahl der Anerben und die Bestimmung der Höhe der Abfindungen überträgt.[3]

In den Verhandlungen über das B.G.B. treten in unserer Frage verschiedene Strömungen hervor.[4] Das Ergebnis geht bekanntlich dahin: Die Bestimmung der Person des eingesetzten Erben kann der Auswahl eines Dritten unter keinen Umständen überlassen werden, dagegen ist es möglich, die Person des Vermächtnisnehmers von der Wahl des Beschwerten oder eines Dritten aus einem genau abgegrenzten Kreise von Personen abhängig zu machen;[5] endlich kann der Erblasser bei Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen.[6] Seit dem Inkrafttreten des B.G.B. ist meines Wissens zu keiner der angeführten Gesetzesbestimmungen eine veröffentlichte gerichtliche Entscheidung ergangen; und auch für die Frage der juristischen Konstruktion ist mir kein Versuch einer wissenschaftlichen Erklärung bekannt geworden. Eine solche ergibt sich jedoch für die in B.G.B. 2151

[1] Quellen und Literatur bei WINDSCHEID-KIPP, Pandekten 3 § 633 Nr. 6.

[2] LEYSER, meditationes ad pandectas spec. 360 med. 3.

[3] SEUFFERTS Archiv 17, 262; 31, 351; 33, 237; 39, 314; — vgl. 33, 44 (Feststellung der Erbteile durch einen Dritten).

[4] Mot. 5, 30ff.; 211. Prot. 5, 15ff.; 23ff.; 240ff.

[5] Die starke Betonung dieses Unterschiedes durch getrennte Rechtsfolgen für die hier aufgeworfene Frage wird wohl mit Recht von DERNBURG, Bürgerl. Recht 5 § 41 II getadelt.

[6] B.G.B. 2065, 2; 2151f; 2193.

vorgesehene Möglichkeit nicht ohne weiteres.[1] Nach diesen Paragraphen erfolgt die Auswahl dessen, der von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll, durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung entweder des Beschwerten gegenüber dem, der das Vermächtnis erhalten soll, oder des Dritten gegenüber dem Beschwerten. „Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten Gesamtgläubiger. Das Gleiche gilt, wenn das Nachlaßgericht dem Beschwerten oder dem Dritten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat, und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt. Der Bedachte, der das Vermächtnis erhält, ist im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet." — Wie steht es aber vor dem Eintreten des Umstandes, den das Gesetz hier angibt? In welcher Art hat man sich die Rechtslage in dieser Zeit näher zu denken, und was für Folgerungen sind daraus für etwaige Streitfälle zu ziehen, die gesetzlich im einzelnen noch nicht vorgesehen sind?

Man hat für die Fälle, da das neu eintretende Rechtssubjekt alternativ bestimmt ist, den Ausdruck „subjektive Alternation" vorgeschlagen.[2] Dies löst die eben angegebenen Fragen aber nicht erschöpfend auf. Daß eine Wahlschuld jedenfalls nicht vorliegt, wird sicher sein.[3] Andererseits ist der Ausdruck der subjektiven Alternation wohl nur für solche Tatbestände gemeint, bei denen eine feste Berechtigung und Verpflichtung schon endgültig gegeben ist, während dies in unserem Falle gerade noch in Frage steht und anscheinend Neigung vorliegt,[4] es zu verneinen.

Die zutreffende Konstruktion des nach B.G.B. 2151 gegebenen Falles dürfte dahin gehen: Die mehreren Bedachten sind jetzt schon Gesamtgläubiger, das Recht eines jeden steht unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Bestimmungsberechtigte nicht mehr rechtzeitig und ordnungsmäßig wählen kann. Das erste kann er nicht mehr, wenn die Frist verfallen ist, das zweite nicht mehr, wenn er gewählt hat oder dazu durch Tod oder anderen Hinderungsgrund unfähig geworden ist. — Im einzelnen würden daher in vorkommenden Streitfällen die allgemein geltenden Sätze über Gesamtschuldverhältnisse, sowie über bedingte Rechtsgeschäfte in Anwendung zu bringen

[1] Keine Schwierigkeit bereiten in der Richtung unserer jetzigen Fragestellung B.G.B. 2162f. und 2178f., die den Anfall des Vermächtnisses an den Bedachten hinausschieben.

[2] Siehe bes. ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 506: „Ich übertrage das Eigentum an dieser Sache entweder dir oder dem B., welchen du vertrittst; ich will diese Forderung gegen dich erwerben für mich oder für den B., ich will mich verpflichten dir oder dem B."

[3] LITTEN, Wahlschuld S. 109.

[4] Vgl. STROHAL, Erbrecht 3. Aufl. I S. 207 N. 22.

sein; mit der Maßgabe, daß B.G.B. 430 durch den Schluß von 2151 beseitigt, und 162 durch die technische Fassung des dritten Absatzes von 2151 erledigt ist. Ein hier einschlägiges Vermächtnis würde als bedingte Forderung schon zu dem Vermögen der Bedachten zählen müssen. Für die besondere Frage der Erbschaftsbesteuerung, die schon unter dem alten Rechte zu Prozessen Anlaß gegeben hat,[1] kommt jetzt das Reichs-Erbschaftssteuergesetz vom 3 Juni 1906 § 21, 1 in Anwendung.

2. Die zweite Möglichkeit einer für die Zukunft erwogenen Unbestimmtheit des Rechtssubjektes zeigt in der gegenwärtigen Lage eine feste Regelung vor. Es besteht bereits ein sicheres Rechtsverhältnis, an das sich aber künftighin Personen neu anschließen können, die zurzeit noch unbestimmt sind. Man kann sagen, daß dieses schließlich bei jedem übertragbaren Rechte vorliegt, weil man dessen künftighin mögliche Subjekte jetzt ja unmöglich schon erschöpfend übersehen kann. Ein Grund, jenes hier in besondere Erwägung zu ziehen, kann jedoch dadurch gegeben sein, daß das fragliche Recht in dem ihm eigenen Inhalte gerade darauf abzielt, andere noch ungewisse Personen als berechtigte Subjekte hereinzuziehen.

Auch dies kann in verschiedener Weise auftreten. Allgemein interessiert dabei der Unterschied, daß die noch unbestimmte Person, die demnächst eintreten soll, entweder in einer für sich endgültigen Weise gemeint ist oder im Sinne des fraglichen Rechtes immer wieder wechseln kann und auf diesen im voraus in das Auge gefaßten Wechsel die eigene Absicht dieses Rechtsverhältnisses gerichtet ist.

Jenes erste zeigt sich im besonderen bei solchen Verträgen zugunsten Dritter, bei denen die dritte Person jetzt noch nicht fest bestimmt ist. Ihre genaue Bezeichnung und Einsetzung vermag dann durch eine Bestimmung seitens des einen Vertragschließenden oder aber durch ein nachträglich eintretendes Ereignis zu geschehen. Das eine findet sich bei Lebensversicherungen, in deren Police die Person des Begünstigten zunächst ungenannt bleibt, und ihre Bestimmung nachträglicher Verfügung vorbehalten wird;[2] das andere kommt möglicherweise in der Art vor, daß den Angehörigen eines bestimmten Kreises — den Arbeitern einer Fabrik, den Studierenden einer Hochschule, den Mitgliedern einer Innung oder eines sonstigen

[1] Vgl. den Rechtsfall bei R.G. 30 No. 83 S. 287f. Die damals getroffene Entscheidung dürfte sich nach heutigem Recht auf Grund von B.G.B. 2153 ebenfalls rechtfertigen.

[2] Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Verträge S. 15 und die dort angeführten Schriftsteller.

Vereins usw. — Leistungen im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter versprochen werden.[1] Die erste Frage bleibt bei allen diesen Verhältnissen selbstverständlich die: ob der Dritte unmittelbar das Recht erwerbe, die Leistung von dem Versprechenden zu fordern; aber sie tritt in unserem Zusammenhang gegenüber der weiteren zurück: wann dem Dritten ein festes Recht zukommen soll? Von der trefflichen Erledigung jener Vorfrage durch das B.G.B. hat die Lösung der andern Frage Vorteil gezogen. Sie ist zunächst in allgemeiner Weise in den hier grundlegenden Satz von 328 eingeflochten: „. . . ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen soll"; und sie hat für einen eigenen Zweifel eine Regelung durch den ergänzenden Rechtssatz von 331, 1 gefunden: „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers." Dazu tritt dann der weitere Satz, daß beim Versprechen der Leistung an einen Ungeborenen die Sachlage, falls nun der Versprechensempfänger stirbt, mangels anderer früherer Beredung, unverändert bleibt. — Die wissenschaftliche Konstruktion aller dieser rechtlichen Tatbestände hängt natürlich von der einheitlichen Auffassung der Rechtsfigur eines Versprechens der Leistung an einen Dritten überhaupt ab. Nach der hier vertretenen Ansicht[2] liegen hierbei zwei geschiedene Schuldverhältnisse vor, die aus zwei zu trennenden Rechtsgeschäften sich ergeben — einem Vertrage zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger und außerdem einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das nun ausnahmsweise (B.G.B. 305) in besonders umgrenzter Art Rechtsfolgen mit sich führt; und zwar bildet der Vertrag den grundlegenden Tatbestand: die einseitige Willenserklärung zugunsten des Dritten ist von ihm abhängig. Folgt man dieser Konstruktion, so bieten sich auch für die uns hier beschäftigende Aufgabe der Einstellung eines zurzeit noch unbestimmten Dritten keine weiteren Schwierigkeiten. Es ist alsdann der Vertrag zwischen den beiden ihn Abschließenden in sich bedeutungsvoll und wirksam, die einseitige Verpflichtung zugunsten des Dritten aber kann verschieden sein: Entweder ist sie aufschiebend bedingt oder einstweilen überhaupt nur vorbereitend, so daß dem Dritten zurzeit noch gar kein Recht, auch nicht ein aufschiebend bedingtes, zukommt. Dieses letzte kann im besondern in dem vorhin erwähnten Fall vom B.G.B. 331, 2 eintreten,

[1] Dies kann auch so vorkommen, daß ein Vertrag zugunsten Dritter als Vorvertrag geschlossen wird: so daß z. B. die Mitglieder eines Vereins das Recht erhalten, demnächst bestimmte Verträge zu festgelegten Bedingungen einzugehen.

[2] Stammler, Recht der Schuldverhältnisse § 49 S. 171 ff.

wonach die Partei, die zugunsten eines noch Ungeborenen verspricht, auch nach dem Tode des Versprechensempfängers im Zweifel ihr Versprechen nicht mehr aufzuheben oder zu ändern befugt ist. Eine außergewöhnliche Art der Gebundenheit darf jedoch hier auch nicht angenommen werden.[1] Es handelt sich vielmehr nach unserer vorhin wiederholten Grundauffassung des gesamten Rechtsverhältnisses nur um eine Gebundenheit gegenüber dem Vertragschließenden oder dessen Gesamtnachfolgern, dagegen nicht um eine solche gegenüber dem Dritten als einer incerta persona. Die besondere Ausgestaltung eines solchen Vertragsinhaltes, wie sie nach 331, 2 einzusetzen ist, bietet dann eine durchaus normale Art einer rechtlichen Verpflichtungsmöglichkeit.

Ein interessanter Fall der Unbestimmtheit eines demnächstigen Berechtigten wird durch den Verkauf mit dem Vermerk „Aufgabe vorbehalten" geliefert. Hier behält sich der Käufer vor, erst noch eine Person bestimmen zu dürfen, die dann als Käufer gelten soll. Man hat sich mit dieser Geschäftsart in der neueren Zeit mehrfach befaßt und ausfindig gemacht, daß sie schon seit längerem in juristischen Darstellungen erwähnt wird.[2] Eine besondere gesetzliche Regelung haben solche Verträge im A.L.R. erhalten: „Zur Bezeichnung der Person, auf welche das Eigentum übergehen soll, ist es genug, wenn aus dem Vertrage erhellet, von wessen Entscheidung oder von welcher Begebenheit die nähere Bestimmung abhängen soll";[3] — mit dem Hinzufügen, daß die Entscheidung über die Person des Käufers binnen gewisser Zeit „unfehlbar" eintreffen müsse, widrigenfalls der Vertrag für nicht geschlossen zu erachten sei, und der Auskunft, daß beim Zögern dessen, der den neuen Käufer zu bestimmen hat, das Gericht eine Frist unter dem gleichen eben erwähnten Präjudize zu bestimmen habe. Aus dem französischen Rechtsleben wird die Einrichtung als élection d'ami oder déclaration de command berichtet; im deutschen Handelsverkehr tritt sie besonders bei den durch Handelsmäkler vermittelten Geschäften auf, wobei der Vermerk „Aufgabe vorbehalten" oder ähnliches in die Schlußnoten gesetzt wird.

Über die juristische Konstruktion dieses vertragsmäßigen Vorbehaltes herrscht keine Einstimmigkeit. Mit Zuhilfenahme der unmittelbaren Stellvertretung ist nichts auszurichten; und wenn manche französische Juristen den angegebenen Vorgang als fingiertes Mandat

---

[1] Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 213f. — Der Verf. will an 331, 2 die gleichen Folgen, wie an 2179 anknüpfen. Hierfür fehlt jedoch, soviel ich sehe, ein durchschlagender Grund.

[2] Ehrenzweig a. a. O. S. 10ff., wo weitere Literaturangaben.

[3] A.L.R. I 11 §§ 13—18. — Vgl. dazu Gad in Gruchots Beiträgen 3, 189ff.

oder auch als Geschäftsführung ohne Auftrag auffassen wollten, so scheitert dieses schon daran, daß der Vermittler später auch einen Dritten nennen und bestimmen kann, an den er beim Abschließen des Vertrages noch gar nicht gedacht hat.[1] Das hanseatische Oberlandesgericht hat in klarer Fassung ausgeführt, daß beim Kaufe mit „Aufgabe vorbehalten" zweierlei gegeben sein kann: entweder die Bestimmung, daß der Mäkler Käufer werde, mit dem Vorbehalte, an seiner Statt einen andern als Käufer aufzugeben, oder die Erklärung des Verkäufers, daß der Mäkler aus der von ihm eingegangenen Verbindlichkeit entlassen werden soll, wenn er dem Verkäufer einen Käufer aufgeben werde, den der Verkäufer annehmen werde. Allein das Reichsgericht ist dieser Meinung nicht beigetreten, sondern billigt es, daß die dritte, zunächst noch unbestimmte Person eine unmittelbare Berechtigung gegen den Verkäufer erhalten könne, und zwar vielleicht deshalb, weil der Mäkler nicht Stellvertreter, wohl aber Bote sei, der die Erklärung des Verkäufers an den vorbehaltenen Käufer lediglich überbringen, „bezw. dieselbe namens des unbenannten Käufers entgegennehmen" würde.[2] Daneben besteht noch die Auffassung, daß das zuletzt genannte Ergebnis eines unmittelbaren Rechtes des vorerst vorbehaltenen Käufers gegen den Verkäufer wegen eines Vertrages auf Leistung an einen Dritten behauptet werden könne.[3]

Es wird zuzugeben sein, daß alle diese verschiedenen Konstruktionen je nach dem gegebenen Tatbestande des einzelnen Falles zutreffen können. Im Zweifel wird dem besprochenen Vorbehalte sicherlich der feste Kaufabschluß, verbunden mit besonderer Abrede über eine demnächst gewollte Rechtsnachfolge, am besten entsprechen. Dann fällt der erwähnte Geschäftstypus genau in den systematischen Zusammenhang der hier behandelten Rechtsfragen: die feste Regelung im gegenwärtigen Zeitpunkte mit einer schon in das Auge gefaßten Veränderung, die im Sinne des Geschäftes auf eine zurzeit noch unbestimmte Person gerichtet ist.

Allen diesen Fällen gegenüber kommen nun endlich solche Rechtsverhältnisse in Betracht, die in ihrer Hauptabsicht auf einen möglichen Wechsel in der Person des Berechtigten gerichtet sind. Zur Einführung erinnere ich an die Zinsverpflichtungen der Emphyteuta im Römischen Rechte,[4] an die Verpflichtung des belasteten Eigentümers bei der servitus oneris ferendi, an Reallasten und Inhaberpapiere. Es hat also derartige Rechtsbeziehungen seit langen

[1] Ehrenzweig a. a. O. S. 12.

[2] R.G. 24 No. 13 S. 64ff.; vgl. 20 S. 37; 38 S. 187.

[3] Ehrenzweig a. a. O. S. 13.

[4] Einen entsprechenden Fall bietet heute B.G.B. 916.

Zeiten in den uns interessierenden Rechtsordnungen gegeben. Allein es bestand in gewisser grundlegender Art das Bedenken, ob jene Rechtsverhältnisse auch durch Rechtsgeschäft in freier Art begründet werden könnten. Für letztwillige Verfügungen verneinte es das frühere Römische Recht in seinem Verbote der legata an incertae personae;[1] ein Vermächtnis an den jeweiligen princeps konnte nur durch gesetzliche Ausnahmebestimmung aufrecht erhalten werden,[2] bis Justinian jenes alte Verbot überhaupt beseitigte[3] und damit zweifellos ein Vermächtnis mit wechselndem Berechtigten möglich machte. Was Verträge unter Lebenden anlangt, so ist das Römische Recht stets dabei stehen geblieben, daß, vom Erbfall abgesehen, nur die Personen, welche den Vertrag selbst abgeschlossen, Subjekte der daraus entspringenden Obligation sein können und demgemäß Rechte mit wechselndem Inhaber auf dem Wege des Vertrages nicht zu begründen sind. Erst das nachmalige gemeine Recht hat die technischen Hemmnisse hiergegen weggeräumt,[4] und heute ist die genannte Möglichkeit nach dem geltenden bürgerlichen Rechte mit Grund nicht zu bezweifeln. Es fehlt denn auch nicht an Berichten über praktische Verwertungen dieser Möglichkeit. Die berühmte Gemäldegalerie des Grafen Schack ist, soviel öffentlich mitgeteilt worden, von ihrem Gründer letztwillig „dem deutschen Kaiser" hinterlassen worden, ein Vermächtnis, das in seinem Tatbestande also genau dem oben mitgeteilten Legate aus der klassischen Zeit entspricht. In dem oft angezogenen Leipziger Theaterprozeß wurde von dem höchsten Gerichte der Erwerb eines Aufführungsrechtes durch einen Theaterdirektor zugleich für die Nachfolger in seiner Stellung angenommen.[5] Der Geschäftsführer eines nicht rechtsfähigen Vereins hatte mit einem Dritten einen Vertrag dahin abgeschlossen, daß letzterer für den Fall, daß er sich gewisse Handlungen zuschulden kommen lasse, eine Vertragsstrafe dem jedesmaligen Geschäftsführer des Vereins zu zahlen habe.[6] Bei den Dividendengarantien besteht die Möglichkeit, daß der Garantierende die Gewähr einer Minimaldividende zugunsten der jeweiligen Aktionäre übernimmt.[7] Es kann auch sein, daß der jedes-

[1] Gai. II, 238; 287.

[2] L. 56, 57 leg. II (31).

[3] §§ 25, 26 I. leg. (2,20). — Vgl. SAVIGNY, System 2, 376. VANGEROW, Pandekten 1, 93. WINDSCHEID-KIPP, Pandekten 3, 633 N. 16.

[4] Aus den Quellen kommen in Betracht: l. 81 § 1 D. de C. E. (18, 1) und l. 12 D. de ann. leg. (33, 1) für die Schuldnerseite und l. 18 D. de adoptionibus (1, 7) für die Gläubigerseite. Vgl. hierüber, sowie über das Pandektenrecht STAMMLER, Garantievertrag im Arch. f. civ. Pr. 69, 104 ff.

[5] R.O.H.G. 12, 360.

[6] SEUFFERTS Archiv 46, 251.

[7] STAMMLER, Garantievertrag a. a. O. S. 109 f.

malige Besitzer des Dividendenscheines einen Anspruch auf Verwendung der Garantiesumme zu seinen Gunsten gegen den Garantieempfänger durch die vertragsmäßig geltende Satzung zugestanden erhält, wie nachstehender, nicht veröffentlichter Fall in interessanter Weise lehrt: Eine ausländische Eisenbahngesellschaft hat von ihrer Regierung eine fünfprozentige Garantie ihres Reinerträgnisses erhalten; in der Konzessionsurkunde ist festgesetzt, daß die Garantiesumme dazu bestimmt ist, die Dividendenscheine einzulösen, im Statut heißt es, daß die Aktionäre auf Grund der staatlichen Garantie jährlich fünf Prozent Zinsen erhalten, und der Text der Scheine sagt, daß der Überbringer am Fälligkeitstage die entsprechende Summe erhalte; worauf nun ein Prozeß deshalb entstand, weil die Generalversammlung beschloß, zur Deckung schwebender Verbindlichkeiten 1¼% jährlich von dem „Zinscoupon" zu kürzen.

Die Rechte mit wechselndem Inhaber weisen besonders in den Fällen der letztwilligen Begründung oft große Ähnlichkeit mit Stiftungen auf, derartig, daß in der einzelnen Lage Zweifel gestattet sind, unter welche dieser Möglichkeiten eine solche Verfügung zu subsumieren sei. Dagegen liegt der begriffliche Gegensatz zwischen den genannten beiden Rechtserscheinungen in sich klar zutage. Dabei bleibt jedoch die positive Bestimmung der Rechte mit wechselndem Inhaber noch offen, insbesondere ihr Verhältnis zu dem Begriff der Rechtsnachfolge. Wir müssen uns an dieser Stelle darauf beschränken, die eigene Ansicht einzustellen.[1] Danach würde zu vermeiden sein, den Gedanken der Rechtsnachfolge auf das Moment kausaler Verknüpfung zu stellen und einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Vorgänger und dem Rechtsnachfolger oder ihren rechtlichen Stellungen anzunehmen. Die Kategorie von Ursache und Wirkung ist hier überhaupt zur Klärung der fraglichen Rechtsgedanken ungeeignet. Denn man sieht nicht, wie die wissenschaftliche Bestimmung von Veränderungen der natürlichen Erscheinungen auf die Rechtsbeziehungen zu übertragen sind, die doch nur einheitliche Formeln für die besonderen Arten von sozialem Zusammenwirken darstellen und mit dem Wechsel räumlicher Wahrnehmungen nichts zu tun haben. So kann der Begriff der Rechtsnachfolge auch nur die einheitliche Vorstellung bedeuten, daß für einen Berechtigten eine rechtliche Beziehung eingetreten ist, die in ihrer inhaltlichen Art genau mit derjenigen übereinstimmt, in der sich vordem ein anderes Rechtssubjekt befand.

Ist dies begründet, so vermag freilich das Recht mit wechselndem Inhaber auch nur eine bestimmte Art von Rechtsnachfolge ab-

[1] Aus der neuesten Literatur ist Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I (1903) §§ 39—42 hervorzuheben. Siehe noch Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge (1905).

zugeben. Es ist eine Rechtsnachfolge, die im voraus bestimmt wird, eben in der Weise, daß der Übergang des Rechts an einen bestimmten Tatbestand schon festgeknüpft ist. Und dieser Tatbestand kann durch die Eigenart des einen Inhabers zuungunsten eines nachfolgenden nicht mehr angegriffen oder verschoben werden. Nur aus diesem Umstande leitet es sich erklärlich her, daß in unserem Falle die Person des Vorgängers für den jetzigen Inhalt des Rechts beim Nachfolger ohne Bedeutung ist, und im besonderen daraus keine Einwendungen aus der Person jenes für oder gegen den letzteren hergeleitet werden dürfen. Und damit fügt sich die eigene Art der Unbestimmtheit eines besonderen Rechtssubjektes für eine zukünftige Lage, soviel man sieht, ohne weitere Verwicklung in die einheitliche Betrachtung unseres Rechtes erschöpfend ein.

## 2. Gegenwärtige Unbestimmtheit.

Den seither besprochenen Möglichkeiten treten nun die Fälle gegenüber, in denen eine Unbestimmtheit des Subjektes in der gegenwärtigen Lage sich zeigt. In diesen Fällen können wir die Einteilung nach unmaßgeblichen Vorbereitungen und nach schon festgelegten Rechtsverhältnissen nicht brauchen. Denn wir haben es hier nicht mehr damit zu tun, daß das Eintreten der besonderen Person, die als Rechtssubjekt wird auftreten können, Sache der Zukunft bleibt, während es in der gegenwärtigen Lage irgendwie zu bestimmen ist, sondern es begrenzt sich die Frage ausschließlich auf die Gegenwart.

In dieser jetzt gegebenen Lage wird es häufig von vornherein klar sein, daß über das gerade anzunehmende Subjekt eine Ungewißheit besteht, die durch die Unvollkommenheit des menschlichen Wissens erzeugt wird. In Wahrheit besteht in der besonderen Rechtsfrage ein Rechtssubjekt, man kennt es bloß nicht, und die Erkenntnis darüber, was im vorliegenden Fall als Rechtssubjekt bereits besteht, vermag erst später gewonnen zu werden.

Man hat aber gemeint, daß neben dieser subjektiven Ungewißheit auch eine objektive Unbestimmtheit des Rechtssubjektes in einem jetzt schon begründeten Rechtsverhältnis zu beobachten sei. Diese Frage mag hier für uns von besonderem Interesse sein.

Es ist klar, daß hierbei der nächste Zweifel sich auf die genaue Abgrenzung der subjektiven und der objektiven Ungewißheit zurückzieht, deren Angabe nicht ein bloßes Schlagwort bleiben darf. Es werden sich aber diese beiden Begriffe in sachlicher Genauigkeit nur scheiden lassen, wenn man dabei nicht sowohl von dem Gedankeninhalt der Rechtsunterstellten, als vielmehr von dem Willens-

inhalt der rechtlichen Satzungen ausgeht, die über jenen, sie verbindend, sich befinden. Eine subjektive Ungewißheit besteht danach, wenn nach dem Sinne dieses besonderen rechtlichen Wollens es sicher ist, daß jetzt bereits ein Rechtssubjekt besteht — nach dem Begriffe des Rechtssubjektes, das uns weiter unten (3) genau beschäftigen soll —, aber nach dem Maße menschlicher Einsicht es nicht möglich ist, entsprechend jenem rechtlichen Wollen das besondere Subjekt dieses Falles zurzeit schon zu erkennen; — eine objektive Unbestimmtheit würde dagegen eine solche sein, die nach dem Inhalt der fraglichen rechtlichen Regelung gegeben wäre, so daß das Recht selbst das Subjekt eines begründeten Rechtsverhältnisses nicht bestimmt hätte. Die hauptsächliche Schwierigkeit ist mit diesem zweiten Gedanken verknüpft. Wir wollen zunächst die mögliche subjektive Unbestimmtheit erörtern.

Bei ihr ist es nicht von grundlegend entscheidender Bedeutung, ob die bei dem besonderen Rechtsverhältnisse, insbesondere bei dem fraglichen Geschäftsabschlusse beteiligten Personen alle interessierenden Rechtssubjekte jetzt schon kennen, oder ob es vielleicht zurzeit überhaupt niemanden gibt, der bereits eine persönliche Gewißheit darüber besitzt, wer im gegebenen Zeitpunkt als Rechtssubjekt besteht. In beiden Fällen kann in gleicher Weise nur von einer subjektiven Ungewißheit gegenüber der objektiv schon getroffenen Entscheidung des übergeordneten rechtlichen Wollens gesprochen werden.

Im einzelnen kann die erste der zuletzt erwähnten Möglichkeiten sich in zweierlei Anwendung zeigen: entweder so, daß ein Rechtssubjekt in der besonderen Lage zwar gegeben, den anderen Beteiligten aber bis jetzt überhaupt noch nicht bekanntgegeben ist, oder in der Weise, daß man seither das Rechtssubjekt kannte, dann aber es ungewiß wurde, ob dieses noch besteht, oder welche andere Person an seiner Statt jetzt einzusetzen ist.[1]

Jenes erste ist besonders praktisch wichtig, wenn der Erbe unbekannt, oder wenn es ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat.[2] Es liegt sodann vor, wenn der Stellvertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht eine Willenserklärung abgibt, und der Vertreter von der für und gegen ihn eingetretenen Bindung noch keine Kenntnis hat.[3] In umgekehrter Weise könnte eine Ungewißheit auf den ersten

[1] Auf beide Fälle bezieht sich B.G.B. 965, 2; 983; möglicherweise auch 132; vor allem 1913: Pflegschaft für unbekannte Beteiligte (F.G.G. 41); — Mot. 4, 1265.

[2] B.G.B. 1960. — Auch eine juristische Person kann wegfallen, und der Nachfolger unsicher sein; vgl. das Baumwollanlehen der Konföderierten Staaten von Amerika: Stammler, Praktikum für Vorgerücktere 2. Aufl. 1903 S. 185.

[3] Vgl. auch B.G.B. 686; — Materialien in Mot. 2, 865f.

Blick nicht möglich erscheinen. Allein es hat immer Anlässe gegeben, Geschäfte abzuschließen, bei denen der mit dem Stellvertreter verhandelnde Dritte in Wahrheit, ohne es zu wissen, mit einem von jenem Vertretenen verhandelt und abschließt. So wird aus der Praxis berichtet, daß bei Gutskäufen fürstlicher Personen durch Stellvertreter der Name des Käufers nicht selten erst nach dem Abschlusse des Vertrags genannt wird;[1] und in besonders betonter Weise ist dieses Verfahren im Kampfe um den deutschen Grundbesitz der Ostmark neuerdings erörtert worden, so in einem Betrugsprozesse,[2] in welchem die Anklage dahin ging, daß der Angeklagte durch das Verschweigen der wahren Tatsache, daß er nur der „Strohmann" eines bekannten polnischen Güteraufkäufers sei, sowie durch die Vorspiegelung der falschen Tatsache, daß er selbst Käufer sei, das Vermögen eines Gutsverkäufers geschädigt habe. Es wird für das Bürgerliche Recht selbstverständlich sein, daß niemand eine Stellvertretung gegen sich gelten zu lassen braucht, die ihm nicht beim Geschäftsschlusse bekanntgegeben worden ist. Doch ist hier auch auf Z.V.G. 81, 3 hinzuweisen: „Erklärt der Meistbietende im Termin oder nachträglich in einer öffentlich beglaubigten Urkunde, daß er für einen anderen geboten habe, so ist diesem der Zuschlag zu erteilen, wenn die Vertretungsmacht des Meistbietenden oder die Zustimmung des anderen entweder bei dem Gericht offenkundig ist oder durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen wird", eine Bestimmung, die in ihrer Eigenart im geltenden Rechte[3] wohl vereinzelt dastehen dürfte.[4] — Häufiger ist die Versicherung „für Rechnung" wen es angeht, besprochen worden,[5] die sich gleichfalls in interessanter Weise in

[1] Gad in Gruchots Beiträgen 3, 190.

[2] Verhandelt (laut Zeitungsbericht) vor der Strafkammer des L.G. Schneidemühl am 20. April 1907.

[3] Im A.L.R. fand sich II 8 § 1330: „Wenn ein Mäkler bei öffentlichen Versteigerungen oder sonst Waren ersteht, muß er auf Erfordern des Verkäufers oder des Gerichts seinen Kommittenten sogleich namhaft machen." Den Mäklern des damaligen Rechts war jeder Geschäftsschluß für eigene Rechnung bei Amtsentsetzung und willkürlicher Strafe untersagt; wer an einen Mäkler etwas verkaufte, tat dieses also mit rechtlicher Notwendigkeit an eine dem Verkäufer noch unbekannte Person, daher die angeführte Zusatzbestimmung des Gesetzes. Gad a. a. O. S. 190. — Die spätere Gesetzgebung hat jenes Verbot zwar für die amtlich bestellten und vereideten Mäkler festgehalten, den genannten Zusatz aber nicht aufgenommen. Es kommt in Betracht preuß. E.G. z. H.G.B. v. 24. 6. 61 Art. 60, wonach die Regelung des alten H.G.B. 69, 1 eintrat. Heute gilt zu dieser Frage Börsengesetz v. 22. 6. 96 § 32. Nach anderer Richtung geht die öffentliche Ermächtigung von Handelsmäklern zu Verkäufen und Käufen nach preuß. A.G. z. B.G.B. Art. 13.

[4] Vgl. dazu Dernburg, bürg. R. 3 § 260 No. 2.

[5] Nach H.G.B. 781 ff. — Literatur bei Dernburg, preuß. Privatrecht 2 § 232 N. 14 ff.

unseren Zusammenhang einreiht. Auch möchte ich darauf aufmerksam machen, daß in einer entsprechenden Weise Rechtsbeziehungen zu unbekannten Vertretenen entstehen können, wenn im Wege gesetzlich zulässiger öffentlicher Versteigerung Sachen meistbietend verkauft werden, deren Eigentümer zurzeit unbekannt ist.

Eine Unbestimmtheit in dem zweiten vorhin angegebenen Sinn ist mit jedem Falle der Verschollenheit gegeben,[1] ebenso bei der Ungewißheit über die Person des Gläubigers, die den Grund zu einer öffentlichen Hinterlegung bilden kann.[2] Sie hat mannigfache besondere Regelung bei den im Grundbuche eingetragenen Rechten nach sich gezogen,[3] nicht minder bei den „unbekannten Beteiligten" in der Zwangsvollstreckung in Grundstücke,[4] wie auch bei dem Einflusse eines „dauernd unbekannten Aufenthaltes" im Familienrechte.[5] Eine systematische Schwierigkeit dürfte für die hier eingeschlagene Richtung der Betrachtung bei diesen Möglichkeiten kaum auftreten.

Genau an diese Stelle ist nun aber auch die rechtliche Behandlung der Leibesfrucht zu bringen. Es ist in dieser viel erörterten Lehre bekannt, daß unser B.G.B. 1 schon mit St.G.B. 217 nicht zusammenstimmt. Aber es will vor allem seine Fassung auch mit den besonderen Bestimmungen des B.G.B. selbst sich nicht recht in Einklang bringen lassen. Sie treten, wie man weiß, an drei Punkten auf: bei der Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen,[6] bei der Pflegschaft[7] und im Erbrecht.[8] Aus allen diesen eigenen Festsetzungen ist aber als Grundgedanke immer nur das Gleiche herauszuhören, was das Französische Recht entschiedener dahin faßt: „Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation . . [ou] par testament . . . à l'époque du décès du testateur."[9] Es bleibt also dabei, daß die Leibesfrucht an und für sich noch nicht Rechtssubjekt ist. Eine schwangere Frau war durch einen Schuß von einem Dritten in schuldhafter Weise verletzt worden; es stellte sich bei der Untersuchung heraus, daß das Kind, das der Geburt nahe war, durch den Flintenschuß im Mutterleibe getötet worden war, während die Mutter trotz der nun nötigen schweren Operation wieder gesund wurde. Hier kann im Namen des ungeborenen Kindes nichts unter Lebenden, noch etwa von Todes wegen gefordert

[1] B.G.B. 13ff.

[2] B.G.B. 372. — Vgl. auch 407.

[3] B.G.B. 887; 1104; 1112; 1170f. (G.B.O. 42f.); 1269.

[4] Z.V.G. 126; 135; 157.

[5] B.G.B. 1305; 1726; 1735; 1746; 1756; 1803; 1883; 1917; im bes. 1911.

[6] B.G.B. 844, 2/2; E.G. 42, I § 3, 2/2.

[7] B.G.B. 1912; 1918, 2.

[8] B.G.B. 1923, 2; 2043, 1; — 2108, 1; vgl. 2101, 1; 2106, 2; — 2178.

[9] C.C. 906.

werden. Wohl aber ist die Leibesfrucht bereits Rechtssubjekt gewesen, wenn sie hinterher als rechtsfähiger Mensch geboren wird. Es tritt inzwischen also ein Zustand subjektiver Ungewißheit ein. Es muß gewartet werden, und es fällt dieses, wie oben (Eingang von 2) ausgeführt, deshalb unter den Begriff der subjektiven Ungewißheit, weil diese nur für die Erkenntnis der unter dem Rechte stehenden Rechtsangehörigen besteht, nicht aber für den Sinn des es ordnenden rechtlichen Wollens selbst. Nach dessen objektiven Bestimmungen steht es fest, wer während der Schwangerschaft Rechtssubjekt war, — man erfährt es bloß später. Es läßt sich auch dahin ausdrücken: Ein lebend geborener Mensch[1] war bereits mit dem Beginne der Empfängniszeit Rechtssubjekt. Dies hat den Wert, daß man nun alle Fragen, die das ungeborene Kind betreffen, in einer einheitlichen Formel zusammenfassen kann, aus der sich alle einzelnen Wendungen als solche ableiten.[2]

Der Fall der sogenannten konstruktiven Nacherbfolge bereitet dem gegenüber keine Schwierigkeit. Er ist jetzt durch B.G.B. 2101 geordnet: „Ist eine zurzeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam." Hier steht also in jedem Augenblicke genau fest, wer das berechtigte Subjekt ist, und von einer auch nur subjektiven Ungewißheit kann gar nicht die Rede sein.

Das gleiche gilt — wie auch Absatz 2 des angeführten Paragraphen besagt — bei der Einsetzung einer juristischen Person, die erst nach dem Erbfall zur Entstehung gelangt. Die Bestimmung von B.G.B. 84 — „Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden" — kann dem gegenüber nur die Bedeutung haben, daß Art und Umfang von besonderen Rechten und Pflichten zwischen dem Stifter und einer zur Entstehung gelangten Stiftung in kurzer allgemeiner Formulierung einheitlich bezeichnet werden; die Frage nach dem Bestehen des Rechtssubjektes ist aber hier gar nicht aufgeworfen. Sie tritt auch nicht bedenklich auf, sofern es sich um die Gründung eines rechtsfähigen Vereins oder einer Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt. Wenn aber ein nicht rechts-

[1] Auf die Voraussetzungen der nötigen Eigenschaften, bes. auf die Frage des abortus ist hier nicht einzugehen. Siehe darüber Windscheid-Kipp, Pandekten § 52, und die interessante Schrift von Ahlfeld, nasciturus 1906.

[2] Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte S. 61 f. nimmt an, daß der Pfleger der Leibesfrucht der Eigentümer des zu besorgenden Nachlasses sei. Dagegen wohl mit Recht Rehme in krit. V.J.Schr. 1905 S. 251. Cf. l. 29 pr. D. de neg. gest. (3, 5): l. 29 § 2 D. de testam. tut. (26, 2)

fähiger Verein einen Kaufvertrag über ein Grundstück mit der Abrede schließt, daß die Auflassung erst erfolgen soll, wenn der Verein die Rechtsfähigkeit erlangt haben wird,[1] so ist die Frage des jeweils vorhandenen Rechtssubjektes in keinem Zeitpunkt zweifelhaft. —

Wie steht es jedoch mit der Vorstellung einer möglichen objektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjektes im besonderen Falle?

Nach dem oben Vorgetragenen würde der Begriff einer objektiven Ungewißheit eine solche bedeuten, die im Sinne des maßgeblichen rechtlichen Willens selbst gelegen wäre. Wie kann es aber geschehen, daß die Rechtsordnung selbst im gegenständlichen Inhalte ihrer Anordnungen die Festsetzung des Rechtssubjektes unbestimmt ließe? — Es gibt hierüber in der Literatur zwei verschiedene Angaben.

Savigny brachte die hier aufgeworfenen Fragen unter die Kategorie der Verschiedenheiten in der Verknüpfung der Rechtsverhältnisse mit den Personen.[2] Diese „Verknüpfung" geschehe regelmäßig durch irgend ein, das bestimmte Individuum betreffendes Ereignis, also durch menschliches Handeln oder Leiden, welches sich unmittelbar auf bestimmte Personen „beziehe", und wodurch diese, als Subjekte dieses Rechtsverhältnisses, sogleich „erkennbar werden". Daneben gebe es eine abweichende, mehr künstliche, Verknüpfungsweise, die sich auf irgend eine allgemeine, mit den verschiedensten Individuen vereinbare Eigenschaft gründe; sie werde vorzugsweise durch eine Sache vermittelt, z. B. die Obligation zwischen dem Inhaber des Nießbrauches und dem Eigentümer, entsprechend bei der Emphyteuse und dem Pfandrecht, den actiones in rem scriptae, im Deutschen Rechte namentlich bei den Reallasten und Bannrechten, im heutigen Rechte besonders bei den Inhaberpapieren.

Es ist deutlich, daß die gewählten Beispiele in erster Linie auf die Fragen unseres ersten Paragraphen hinauskommen, da bei ihnen die wechselnden und in der Zukunft noch unbestimmten Rechtssubjekte namentlich hervortreten. Aber der Gedanke einer besonders gearteten Verknüpfung von Recht und von Subjekt geht doch über jenes hinaus und vermag sehr wohl auch auf die gegenwärtige Rechtslage in dem Sinne Anwendung zu finden, daß es ungewiß wäre, ob die von der Rechtsordnung gemeinte Verknüpfung des Rechtsverhältnisses mit einem bestimmte Subjekte zurzeit wirklich gegeben ist, oder eine solche gänzlich fehlt. Im letzten Falle würde eine objektive Unbestimmtheit des Rechtssubjektes im jetzigen Stande der Sache vorgestellt sein.

---

[1] So in dem Rechtsfall in Seufferts Archiv 42, 112.

[2] Savigny, Obligationenrecht 1, 132 ff.; System 2, 374 ff. Übernommen von Windscheid-Kipp, Pandekten § 291.

In der Tat ist in jener angeführten Auffassung der Keim zu der nachmaligen Lehre von den subjektlosen Rechten, die wir unten besprechen wollen, gelegt. Denn es werden Rechtsverhältnis und Person in ihrer Getrenntheit einander gegenübergestellt und dann erst miteinander „verknüpft". Während das Rechtsverhältnis doch als nichts anderes gedacht werden kann, denn als eine nach rechtlichem Wollen bestehende Verknüpfung zwischen Subjekten, soll diese Verknüpfung nun noch einmal verknüpft werden. Es erinnert an die Auffassung, die meint, daß mit den Sätzen „ich höre den Ton" und „der Ton erschallt mir" zwei verschiedene Tatsachen für mich ausgedrückt wären.

Es war darum nur folgerichtig, wenn von anderer Seite dieser angeblichen Unbestimmtheit des Rechtssubjektes entgegengehalten wurde, daß in den vorstehenden Fällen das Subjekt der Berechtigung zu jeder Zeit genau bestimmt sei. Der Unterschied, sagt Bekker,[1] besteht also überhaupt nicht zwischen dem Bestimmt- und dem Unbestimmtsein des Subjekts, sondern nur zwischen den verschiedenen Arten der Bestimmung. Daraus zieht dieser Schriftsteller die Folgerung, daß der Ausdruck „unbestimmtes" Subjekt auf diejenigen eigentümlich gearteten Fälle zu beschränken sei, wo ein Recht im Augenblick wirklich keiner bestimmten Person zusteht.

Diese Bemerkungen sind nach der kritisierenden Seite sicherlich begründet. Es folgt dieses, wie vorhin erinnert wurde, aus unserer Unterscheidung des möglichen Sinnes von subjektiver und objektiver Unbestimmtheit des Rechtssubjekt. Da das letztere nur heißen kann, daß das Gesetz selbst das einzusetzende Rechtssubjekt zurzeit gegenständlich unbestimmt lasse, so muß dieses das gleiche sein, wie der Ausdruck: Es ist gerade jetzt überhaupt kein Subjekt da. Und es erhellt, daß man bei der Erörterung des Gedankens von der Unbestimmtheit des Rechtssubjektes an der Kontroverse über „subjektlose Rechte" nicht vorbeikommt. Wenn wir daher in Erledigung der hier gesetzten Aufgabe eine erneute Prüfung und Darlegung unternehmen, so darf der literarische Tatbestand an dieser Stelle vorausgesetzt werden.[2]

Als Ausgangspunkt wurde seither von allen mir bekannten Erörterungen stets der Begriff des subjektiven Rechts genommen und dann gefragt, ob ein solches ohne Subjekt möglich sei. Wir wollen statt dessen den Begriff des Rechtssubjektes in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen. Er ist in seinem logischen Sinne und seiner

[1] Bekker, Pandekten I, 59.

[2] Zusammenstellung bei Windscheid-Kipp § 49 N. 2; neuestens Stöler, die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken und Wirkungen (Diss. Halle 1907) § 11.

juristischen Bedeutung herauszuarbeiten; dann wird die Frage, ob eine objektive Unbestimmtheit, das ist ein gänzliches Fehlen des Rechtssubjektes in besonderer rechtlicher Lage anzunehmen möglich sei, sich erst sicher beantworten lassen.

Das Ergebnis sei hier vorweggenommen. Es läßt sich dahin wiedergeben: Der Begriff des Rechtssubjektes ist eine notwendige formale Bedingung für die wissenschaftliche Erfassung und Bestimmung von besonderem Rechtsinhalt, es ist sonach bei dem Festhalten dieses Zieles nicht angängig, ihn auch einmal gänzlich aus dem juristischen Denken wegzulassen und doch noch mit diesem in der Einheit der Rechtsbetrachtung zu verbleiben. Darum kann von einer objektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjektes zwar für die Zukunft unter bestimmten Voraussetzungen gesprochen werden, — für die Gegenwart aber vermag es nur eine subjektive Ungewißheit zu geben: Das schon vorhandene Bestehen eines Rechtssubjektes muß in jedem Falle als Sinn des maßgeblichen rechtlichen Wollens angenommen werden, soll für dieses die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Einsicht bestehen.

## 3. Begriff des Rechtssubjektes.

Was ist ein Rechtssubjekt?

In welcher festen und einheitlichen Richtung der Gedanken hebt sich dieser Begriff als gleichmäßige Art des Bestimmens und Ordnens unserer rechtlichen Vorstellungen heraus? Was für ein Merkmal dieser eben genannten Weise scheidet ihn von dem Begriffe des Rechtsobjektes?

Unsere juristische Literatur bietet eine Lösung dieser Frage bis jetzt nicht. Sie hat sie in derartiger Fassung, soviel ich sehe, nicht aufgeworfen. Es dürfte aber wünschenswert sein, ihr in konzentriertem Nachdenken nachzugehen. Andernfalls liegt die Gefahr nahe, daß man für den zu erklärenden Begriff nur einen anderen Ausdruck eintauscht, der um nichts eindringlicher ist und nicht tiefer geht als der, dessen Platz er eingenommen. Dies gilt von gelegentlichen Angaben, daß „Subjekt" des Rechts sein „Träger" sei oder der, dem es „zusteht". Es führt zu Schwierigkeiten im Verhältnisse zu dem Worte „Person", wobei es auch schon zweifelhaft geblieben ist, ob die Ausdrücke Person und Rechtssubjekt ein und dasselbe oder etwas Verschiedenes bedeuten, und im letzten Falle, welches das Übergeordnete bezeichnen soll.

In keinem Falle läßt sich unser Problem rein positiv, also ausschließlich durch die Bezugnahme auf die Besonderheiten einer gewissen begrenzten Rechtsordnung lösen. Denn wenn man angeben

würde, daß ein Rechtssubjekt ein Wesen wäre, dem nach einer bestimmten Gesetzgebung die Fähigkeit zukommt, Rechte zu haben, so könnte dieses — wenn es nicht ein bloßes Drehen im Kreise sein soll — doch nur die Betonung des Gedankens bedeuten, daß es Frage des positiven Rechtsinhaltes sei: Wer „als Subjekt" anerkannt werde. Dann aber ist der weiteren Frage nicht auszuweichen: „als was" nun dies fragliche Rechtsgesetz jemanden erachte? Es zeigt sich somit, daß überall im einzelnen Inhalte bestimmter Rechte unser Begriff des Subjektes nur besonders angewandt wird, mithin als eigene grundlegende Funktion des Ordnens und Bestimmens vorausgesetzt ist. Sonach kann ein rechtlicher Grundbegriff, wie der des Rechtssubjektes aus den konkreten Einzelheiten dieses oder jenes positiven Gesetzes nicht entwickelt werden, denn deren wissenschaftliche Bearbeitung ist von ihm logisch abhängig und nicht umgekehrt. Wenn er erschöpfend bestimmt werden soll, so muß klargelegt werden: in welcher grundlegenden Art dieser Begriff gegebenen Rechtsstoff in Einheit erfaßt. Es gilt, das formale Verfahren der einheitlichen Rechtsbetrachtung — das ist einen rechtlichen Grundbegriff — in seiner grundsätzlichen Eigenart einzusehen.

Nun finden sich auch Versuche, in anderer Fragestellung, als der oben gewählten, doch ein allgemeingültiges Merkmal für den Begriff des Rechtssubjektes aufzustellen. Sie kommen dahin überein, daß der Gedanke eines vom Recht anerkannten Subjektes es fordere, daß letzteres Vernunft und Willen habe, — ein solches Wesen besitze an und für sich einen höheren Wert als andere Dinge und müsse deshalb vom objektiven Recht in seinem Wollen und in seinen Interessen geschützt werden.[1] — Es scheint, daß diese Versuche wenigstens zum Teil den Beginn des rechten Weges eingeschlagen haben. Ich habe jedoch gegen den Grundgedanken, der ihren im einzelnen etwas verschiedenen Formulierungen unterliegt, zweierlei sachliche Bedenken: 1. daß als das logische Merkmal des rechtlichen Begriffes „Subjekt" hier eine im besonderen Falle festzustellende, tatsächliche Eigenschaft jemandes angegeben wird; 2. daß der Gedanke des Rechtssubjektes hierbei außerhalb der rechtlichen Betrachtung bereits fertig ausgebaut wird und nun als abgeschlossener Begriff von dem objektiven Recht einfach übernommen werden soll.

[1] Vgl. Thibaut, System des Pandektenrechts I 2. A. (1805) § 208; Wächter, Württemb. Privatr. II (1832) § 34; Unger, Österr. Privatr. I (1856) § 25; Lasson, Rechtsphilosophie (1882) § 41. Vgl. ferner Stahl, Rechtsphilosophie II 3. A. (1854) § 4. Auch die interessanten Ausführungen Hölders in Natürliche und juristische Personen (1905) S. 1—42 sind hier zu nennen.

1. Der Begriff des Rechtssubjektes ist, ebenso wie sein Gegenstück: des Rechtsobjektes, zweifellos ein allgemeiner Rechtsbegriff, — das heißt, er besagt eine einheitliche formale Richtung beim Ordnen von besonderem Inhalt eines rechtlichen Wollens. Es kommt auf den abstrakten Sinn an, in welchem Subjekt und Objekt in den Besonderheiten des rechtlichen Wollens einander gegenübertreten. Die Unterscheidung dieser beiden Begriffe bedeutet ein logisches Verfahren der Rechtsbetrachtung, und dieses kann nicht dadurch erschöpfend charakterisiert werden, daß auf tatsächliche Unterscheidungen verwiesen wird, welche die Beschreibung der uns umgebenden Natur vorführen mag. Solche beschreibenden Unterscheidungen können dann vom Rechte benutzt werden, um sie in die rechtlichen Denkmethoden einzufügen (z. B. bewegliche Sachen, wilde Tiere), so daß ihre Verwertung bei der Regelung des sozialen Zusammenwirkens in konkreter Anwendung von spezifisch rechtlichen Begriffen (z. B. des Eigentums) geschieht, aber sie können niemals das logische Merkmal solcher rechtlichen Begriffe abgeben. Wenn man sagt: Rechtssubjekte sind die mit vernünftigem Willen begabten Menschen, so ist damit in Wahrheit ausgesprochen: solche Menschen werden von einem bestimmten Rechte als „Subjekt" erklärt und behandelt; — als was also? und in welchem formalen Sinne denn?

Am ausführlichsten dürfte unter den neueren Schriftstellern hierauf Bierling eingegangen sein.[1a] Er wendet sich mit Recht dagegen, daß der rechtliche Begriff des „Verfügers" einen jeden bedeute, der zufällig über ein Recht tatsächlich verfügen kann; dann wäre der Mörder „Verfüger" über alle Rechte, die streng an die Person seines Opfers geknüpft waren, es wäre der Dieb „Verfüger" über die Rechte, die an den bloßen Besitz einer Sache geknüpft sind usw. Aber er definiert dann doch Rechtssubjekt dahin: „Wer sich in der Lage befindet, eine Norm als Rechtsnorm anzuerkennen." Mithin gehöre zu jedem wahren Rechtssubjekt ein im Vollbesitze seiner Vernunft befindlicher Mensch, und es müsse der eigenen Normenanerkennung jedes in Frage kommenden Subjektes eine korrespondierende Anerkennung eines oder mehrerer anderer Subjekte entsprechen. — Nun stimmt dieses mit dem Inhalte des bei uns geltenden Rechtes, wie es bislang allgemein aufgefaßt wurde, in keiner Weise. Denn hiernach fallen Unmündige und Geisteskranke und bewußtlose Menschen doch immer noch unter den Begriff der Rechtssubjekte. Darauf erwidert der genannte Schriftsteller: „Es

[1] Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe 2, 75 ff.; juristische Prinzipienlehre 1, 201 ff. Seine Ausführungen bauen sich auf der Rückführung des Rechtszwanges auf „Anerkennung" auf; hierüber Stammler, Wirtschaft und Recht 2. Aufl. S. 479 N. 206.

ist offen zuzugeben, daß Kinder, Wahnsinnige usw. in der Tat, sei es bezüglich aller, sei es wenigstens bezüglich sehr vieler (?) Rechte, nicht sowohl Rechtssubjekte sind, als vielmehr nur der juristischen Vorstellung so erscheinen oder m. a. W. als Rechtssubjekte nur gedacht werden." — Dieses Mittelding von Sein und Nichtsein dürfte schon in sich nicht leicht zu lösende Bedenken mit sich bringen. Hier führen wir jenen Versuch an, um zu zeigen, wie mit der jeweiligen Fähigkeit zur „Anerkennung" der Rechtsnormen die begriffliche Klärung von rechtlichem Subjekt und Objekt nicht erreicht werden konnte. Auch wenn es wahr wäre, daß Menschen, die nicht anerkennungsfähig sind, von unserem Rechte „als Subjekte" nur fingiert würden, würde man ein logisches Merkmal dieses Subjektbegriffes ja gerade noch nicht angegeben haben. Erst nach Erledigung dieses Problems kann es aber möglich sein, die weiteren Aufgaben der Lehre von den Rechtssubjekten in schärferem und eindringlichem Beweisgange zu erledigen.

2. Aus dem Umstande, daß der Begriff des Rechtssubjektes ein allgemeingültiger Begriff der Rechtsbetrachtung ist, folgt weiterhin, daß er für die Lehre und Darstellung jedes nur denkbaren Rechtes eine wesentliche Bedeutung besitzt. Aber immer ist er doch innerhalb des Zusammenhanges rechtlicher Erwägung als solcher begründet. Es geht nicht an, ihn außerhalb der Rechtsgedanken zu suchen und festzulegen und alsdann erst dem Rechte zuzuführen. Sofern es sich um den fertigen Gedanken des rechtlichen Subjekts handelt, würde es überhaupt ja keinen greifbaren Sinn haben, ihn unabhängig von dem Gebiete des rechtlichen Wollens sich vorzustellen; und falls man draußen nur die Vorarbeit etwa des Subjektbegriffes gesondert vornehmen und diesen dann in die rechtliche Werkstatt herübertragen wollte, so würde wiederum für Sinn und Richtung des rechtlichen Wollens die vorher angestellte Erwägung nur eine unselbständige Bedeutung haben können. So darf man nicht hoffen, den Begriff des Rechtssubjektes als einen fertigen von außen her in das Recht einfach hineinnehmen zu können.

Wir müssen aus diesem Grunde auch die Definition von Schuppe ablehnen, der in ernsten und gründlich durchdachten Untersuchungen der Lösung unserer Frage vielleicht am nächsten gekommen ist.[1]

[1] Schuppe, Der Begriff des subjektiven Rechts. S. 290ff.; Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie S. 294f. — In der ersten Schrift definiert er allerdings S. 305 auch: „Rechtssubjekt war derjenige, dessen subjektiver Wille vom objektiven Recht bejaht wird." Es ist nicht ganz deutlich, wie diese Definition mit seiner sonstigen, von uns besprochenen sich zusammenreimt. Sie trifft z. B. für den Wahnsinnigen nicht zu, ja nicht einmal für den Verbrecher, und unterliegt überhaupt den in unserem Texte unter 1. gemachten Einwürfen.

Er stellt es darauf ab, daß etwas um seiner selbst willen und an und für sich einen so hohen Wert haben könne, daß der objektive Rechtswille deshalb bestimmte Störungen und Beeinträchtigungen jenes untersage. Es ist also der Wert eines Dinges, der es als Subjekt erscheinen läßt, und dieser Wert besteht an und für sich und wird nur von dem positiven Rechte übernommen. Wir können, fährt SCHUPPE fort, nun die Grenzen auch enger ziehen und sagen: Rechtssubjekt ist der Mensch um seines eigenen Wertes willen.

Wie aber steht es, falls eine besondere Rechtsordnung gewisse Menschen trotz ihres an und für sich bestehenden eigenen Wertes doch nur als Rechtsobjekte behandelt? Sind sie trotzdem Rechtssubjekte? — Entweder bejaht man dieses, so gerät man in schwierige und nicht befriedigend aufzulösende Verwicklungen über das Verhältnis eines Begriffes „Rechtssubjekt" nach positivem Recht und „an und für sich"; oder man verneint es, so stimmt das Ergebnis nicht mehr mit der begrifflichen Voraussetzung, die in Wahrheit damit fallen gelassen wird.

Wollen wir den Fehler vermeiden, der hier offenbar verborgen liegt, so dürfen wir nur nach den Grundbegriffen des Rechtes selbst fragen und unter diesen den des Rechtssubjektes aufsuchen. Wir müssen nach den grundlegenden Richtungen des rechtlichen Wollens als solchen forschen und es vermeiden, in dieses fertige Gedankenreihen äußerlich aufzunehmen. Dabei wird sich auch zeigen, daß für die Aufhellung jener Grundbegriffe die Bezugnahme auf den Wert, wie die Wertschätzung eines Dinges nicht geeignet ist, da dieses nicht ursprüngliche Elemente bei der Ordnung des wollenden Bewußtseinsinhaltes sind.

Hier müssen wir zur Auflösung unseres Problems etwas weiter ausholen.

---

Der Begriff des Rechtssubjektes zählt, wie vorhin bemerkt, sicherlich zu den reinen Grundbegriffen der wissenschaftlichen Rechtslehre. Er ist von dem besonderen Inhalte dieser oder jener geschichtlichen Rechtsordnung ganz unabhängig; er gilt unbedingt allgemein für die Rechtswissenschaft als solche und gehört nicht einer bestimmten einzelnen Gesetzgebung an, wie der Begriff der Sicherungshypothek, des Vor- und Nacherben, der prozeßhindernden Einreden, des Rückfalls beim Diebstahl. Andrerseits soll er keineswegs, sagten wir oben, außerhalb der besonderen Bestimmungen der einzelnen gegebenen Rechtsordnungen gelegen sein, sondern innerhalb dieser sich lediglich finden. Ist das nicht ein Widerspruch? Wie ist es möglich, daß ein Begriff zugleich in reiner Allgemeinheit gelte und doch nur in bedingten Besonderheiten konkreter Rechtssatzungen sich finde, während es weiterhin zweifellos

feststeht, daß aller bedingte Stoff von geschichtlichem Rechte notwendigerweise veränderlich und wechselnd ist, und es keinen einzigen Rechtssatz geben kann, der seinem positiven Inhalt nach absolut feststände?

Die Lösung liegt darin: daß ein unbedingt geltender Begriff seine allgemeine Bedeutung nur im Sinne einer formalen Bedingung besitzt, unter der es erst möglich wird, einen gegebenen Stoff von besonderem rechtlichen Wollen einheitlich logisch zu bestimmen. Ein rechtlicher Grundbegriff bedeutet also nur ein grundlegendes formales Verfahren, um alle möglichen rechtlichen Sätze und Gedanken zu ordnen, zu sichten und zu richten. Über den Inhalt eines möglichen Rechtswillens besagt er gar nichts. Da er nur die formale Art der Bearbeitung von geschichtlichen Einzelheiten bedeutet, so kann er einmal diesen gegenüber — eben als logische Methode — unbedingt allgemein gelten und andererseits doch nur in der Bearbeitung der Einzelheiten besondere reale Bedeutung beanspruchen und bloß innerhalb dieser Einzelheiten sich zeigen. Wie nun solche reinen Grundbegriffe des Rechtes gesichert zu gewinnen und systematisch vollständig darzulegen sind, gedenke ich an anderer Stelle in größerem und geschlossenem Zusammenhange zu zeigen. Bei der heutigen Gelegenheit bleibe ich bei der Erörterung des Begriffes von dem Rechtssubjekt.

Es wird sich dieses für sich abgeschlossen unschwer erledigen lassen, da wir bei der Grundlegung von nicht bezweifelten Sätzen ausgehen können. Zuvörderst davon, daß das Recht sich innerhalb der sozialen Erfahrung findet; und sodann, daß in jedem Falle die soziale Betrachtung auf die gemeinschaftliche Verfolgung von Zwecken letztlich abzielt. Auch der soziale Materialismus lehrt, daß die Menschen, als sozial organisierte Lebewesen, sich zusammenschließen, um den Kampf um das Dasein besser führen zu können. Der Gedanke des gesellschaftlichen Erwägens gipfelt also in dem der verbundenen Zwecke. Mithin gehört zu der Betrachtung des Rechtes als solchen, ohne Bezugnahme auf dessen etwaigen Inhalt, daß sie mit der Vorstellungsreihe von Mittel und Zweck arbeitet.

Nun hat diese Reihe bekanntermaßen die Beschaffenheit, daß sie in ihrem empirischen Auftreten nach keiner Seite hin abgeschlossen ist. Jeder besondere Zweck kann wieder als ein Mittel zu weiteren Zwecken betrachtet werden, und jedes jetzt angewandte Mittel war ein eigenes Ziel für vorausgehendes Bestreben mit damaligen Mitteln. Man richtet Schulen ein, um die Kinder zu unterrichten; die Kinder sollen Kenntnisse und Fertigkeiten erhalten, um im sozialen Leben in bestimmter Art sich nützlich zu machen; die besonderen Ziele, die dabei hervortreten, werden angestrebt, um anderer bedingter Zwecke willen usf. Um in diese rastlose Bewegungsreihe Ruhe und festen

Halt zu bringen, bedarf es des Gedankens eines Endzweckes, der eine unbedingt gültige Richtung des wollenden Bewußtseins bedeutet, die ihrerseits nicht selbst wieder ein besonderes Mittel für andere bedingte Zwecke ist. Diese absolute Richtung ist für den einzelnen Menschen die Idee der gegenständlichen Richtigkeit für allen seinen möglichen Bewußtseinsinhalt im Erkennen, wie auch im Wollen. Es ist diese Idee, die alles Besondere unserer Gedanken überall zu begleiten vermag, alle denkbaren Vorstellungen richten und bestimmen kann. Und sie ist es allein, der diese Eigenschaft eines unbedingt gültigen Zieles zukommt, der der Gedanke eines begrenzten Mittels für bedingtes Streben notwendig ferne bleibt.

Ein Wesen, dem die Fähigkeit zur Erfassung und Verfolgung dieser Idee innewohnt, würde nach altem Sprachgebrauch ein Selbstzweck heißen. In diesem Unterschiede von Selbstzweck und von bedingtem Mittel zu anderen besonderen Zielen stellt sich die Unterscheidung von Subjekt und Objekt im Reiche der Zwecke dar.

Diese formale Art der Zerteilung ist nun als besondere Aufgabe bei der Rechtsbetrachtung aufzunehmen und durchzuführen. Dabei zeigen sich für das rechtliche Wollen zwei Richtungen der Erwägung.

Das rechtliche Wollen bedeutet in seiner sachlichen Eigenart ein Setzen gemeinsamer Zwecke. Es steht also sachlich notwendig über den Einzelnen, die es dadurch sozial verbindet. Es ist sein Inhalt nicht als ein quantitativ zusammengezähltes Wollen der ihm Unterstehenden zu nehmen, sondern stets als ein der Art nach besonderer Willensinhalt zu denken. Insofern hat das rechtliche Wollen für sich genommen eine eigene Aufgabe, mit der es sich in die allgemeine Art der Zweckbetrachtung einzugliedern hat. Indem es nämlich, für sich erwogen, die verbindende Form des menschlichen Zusammenwirkens ist und die regelnde Weise der gemeinsamen Zweckverfolgung bedeutet, so ist der auf es bezogene Endzweck das stets und nimmer rastende Streben, jenes Zusammenleben im Sinne sachlicher Gerechtigkeit und innerer Richtigkeit seiner Satzungen zu ordnen. Diese Richtung der Gedanken ist aber hier nicht weiter zu verfolgen.

Während in ihr das Recht als untergeordnetes Glied im Reiche der Zwecke erscheint, als eine besondere und dienende Weise des Wollens, die nach dem ihm übergeordneten Grundgesetz der menschlichen Zwecke zu richten und zu bestimmen ist, — so kann es nun auch in dem ihm unterstellten Reiche als die oberste Spitze in das Auge gefaßt werden. Dann handelt es sich um eine einheitliche Art, in der das rechtliche Wollen selbst nun ordnend und bedingend vorgeht. In dieser Richtung der Betrachtung ist zu der seitherigen, unbedingt gültigen Gesetzmäßigkeit von Mittel und Zweck nur eine logische Parallele gestattet.

Denn indem das Recht eine gewisse Art des Zusammenlebens bewirken will und die Rechtsunterstellten zu leiten und zu bestimmen gedenkt, so ist es in der besonderen Weise seines Auftretens notwendig bedingt. Seine begrenzte inhaltliche Regelung kann für den einzelnen als solchen unmöglich das unbedingte und höchste Gesetz des Wollens bedeuten, und sie vermag, für die Besonderheit dieser konkreten Gesellschaft erwogen, immer nur bedingte Ziele zu setzen und zu verfolgen. Der Gedanke des Selbstzwecks hat also in seiner reinen Gestalt innerhalb eines bedingt gegebenen Rechtes keinen Raum, sobald wir von dem vorhin gestreiften Gedanken der Verfolgung grundsätzlicher Richtigkeit von rechtlichem Wollen absehen.

Trotzdem kehrt er wieder, sobald es sich um die technische Einheit einer Rechtsordnung, um die wissenschaftliche Erfassung von gegebenem rechtlichen Wollen, wie es gerade da ist, handelt. Dann erscheint die Unterscheidung von abhängigem Mittel und unabhängigem Selbstzweck erneut in den bedingten Satzungen eines besondern, geschichtlich gegebenen Rechtes und im Sinne seines nur begrenzt und vergänglich geltenden Inhaltes. Es ist dieser eigene Sinn eines besonderen Rechtsinhaltes, der in der Selbstherrlichkeit, die die hier maßgebliche Eigenart des rechtlichen sozialen Wollens ausmacht,[1] nun erklärt: Hier setze ich für dieses Zusammenwirken die und die Reihe von Mitteln und Zielen fest, und ich bestimme, daß dieses oder jenes Wesen in dem Ganzen seines rechtlichen Bestehens nicht als bloßes Mittel für bedingte Zwecke zu behandeln, sondern nach dem formalen Gedanken eines Selbstzwecks zu erachten ist. Das vermag das Recht, gerade weil es sich in seinem selbstherrlichen Geltungsanspruche in technischer Weise abgrenzen und vorläufig von dem Gesamtreiche des menschlichen Wollens einmal absondern kann. Es bildet hierbei ein in festen Schranken abgeschlossenes Stück Welt für sich, eine in sich begrenzte Einheit, die in methodisch gleichmäßiger Art, also wissenschaftlich, für sich bearbeitet werden kann. Zu den hierbei nötigen Grundbegriffen, das sind grundlegende Gedankenrichtungen, die für die Einheitlichkeit der Rechtsbetrachtung unentbehrlich sind, gehört der Begriff des Rechtssubjektes, der nun als eigene Funktion des rechtswissenschaftlichen Denkens bestimmt ist.

Es ergeben sich danach diese Begriffsbestimmungen:

Rechtssubjekt ist ein Wesen, das von einem bestimmten, geschichtlich gegebenen Rechte im Sinne eines Selbstzweckes er-

[1] Das muß hier vorausgesetzt werden. Siehe hierüber STAMMLER, Wirtschaft und Recht 2. Aufl. S. 124ff.; 478ff.

achtet wird, — Rechtsobjekt dagegen, das in gleicher Lage als bloßes Mittel zu bedingten Zwecken behandelt ist.

---

Die Berechtigung dieser Art und Weise der Unterscheidung liegt darin gegeben, daß nur nach ihr es möglich ist, in einer allgemeingültigen, formalen Methode unter den im Reiche der sozialen Mittel und Zwecke auftretenden Möglichkeiten die zwei Klassen einzusehen, in deren Zerteilung der Gegensatz von Subjekt und Objekt gemeint ist. Alle anderen Versuche liefern kein allgemeingültiges Ergebnis, das doch zugleich bloß formal wäre; beispielsweise nicht die vorhin erwähnte Unterscheidung von vernunftbegabten Menschen und vernunftlosen Dingen. Hierdurch wird den geschichtlich erstehenden Rechtsordnungen bereits ein fester Inhalt ein für allemal vorgeschrieben, es wird — nach der Schulsprache — ein „materiales a priori" in unhaltbarer Weise aufgestellt. Statt dessen muß es jedem positiven Rechte freistehen, den reinen Grundbegriff des Rechtssubjektes mit diesem oder jenem besonderen Inhalte zu erfüllen, und ihn so oder anders anzuwenden und praktisch umzusetzen. Jede Definition von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, welche diese unerläßliche Bewegungsfreiheit des geschichtlichen Rechtsinhaltes auch nur antasten würde, müßte schon deshalb ganz unzutreffend sein.

Ob man einen solchen besonderen Rechtsinhalt dann für grundsätzlich richtig oder für unberechtigt erachten und beweisen kann, das ist eine zweite Frage. Die Richtigkeit eines wirklich geltenden Rechtes steht hier nicht zur Erörterung. Das Institut der Sklaverei, wonach gewisse Menschen, mit Vernunft und Willen, doch als rechtliche Objekte und nicht als Subjekte behandelt wurden, war im ganzen Altertum und darüber hinaus bis in unsere Tage dort, wo es bestand, geltendes, wenngleich grundsätzlich unrichtiges Recht. An dieser Stelle ist bloß von dem unbedingten Offengeben des möglichen Inhaltes von gesetztem Reehte die Rede. Es kommt nun genau darauf an, daß nicht von vornherein und ein für allemal angegeben werde, was denn von einem möglichen, geschichtlich entstandenen Rechte als Rechtssubjekt angegeben werden müsse. Statt dessen ist der Begriff des Rechtssubjektes so zu bestimmen, daß der besondere Inhalt einer positiven Gesetzgebung — hier: die Angabe, was nach dieser bestimmten Gesetzgebung als Rechtssubjekt zu erachten sei — noch ganz offene Frage bleibt.

Genau das gleiche gilt für den rechtlichen Begriff des Rechtsobjektes. Er ist, wie gesagt, dadurch gegeben, daß etwas nur als Mittel zu bedingten menschlichen Zwecken von einer besonderen Rechtsordnung behandelt wird. In welchen Tatbeständen aber eine einzelne geschichtliche Rechtsordnung das tun wird oder

tun soll, das kann durch den Begriff des möglichen Rechtsgegenstandes auch nicht im geringsten angegeben worden. Es ist dieses vielmehr eine Frage des wechselnden und vergänglichen Inhaltes einer bedingten und begrenzten Gesetzgebung. „Es gibt Rechtsgegenstände, die doch im Sinne des B.G.B. keine Gegenstände sind."[1] Ob man nun die „Gegenstände" im Sinne des B.G.B. als diejenige Art von „Rechtsgegenständen" bestimmt, über welche „Verfügungsgeschäfte" nach geltendem Rechte zulässig sind, oder dieses in anderer Weise unternimmt, — ob dann nach kurzer oder langer Frist eine neue Rechtsordnung erscheint, die vielleicht nach ganz anderen bedingten Merkmalen ihre „Gegenstände" festsetzt und sichtet und regelt: immer steht über diesen veränderlichen und dahinsterbenden geschichtlichen Besonderheiten der eine feste und unwandelbare Grundbegriff des Rechtsgegenstandes überhaupt. Sein logisches Merkmal, als das eines ausschließlichen Mittels für besondere Ziele von Rechtssubjekten unterliegt keinem Wandel der Zeiten und Völker. Seine Funktion ist es, das zersplitterte Gewimmel des unablässig wechselnden geschichtlichen Stoffes in formaler Einheit zu erfassen und zu beherrschen. Er ist gar nichts anderes, als ein grundlegendes Verfahren, das Mannigfaltige des Rechtsstoffes, der im kausal notwendigen Werdegang der Geschichte uns zufließt, in systematischem Denken zu ordnen. Über den besonderen Inhalt dieses historisch bedingten Rechtes in seinem nimmer rastenden Fließen, Dahingleiten und Zergehen sagt die Methode des Ordnens nicht das leiseste Wort. Es kann, wie hervorgehoben, bald dieses, bald jenes als Objekt und dann wieder im Wechsel der Zeiten als Subjekt von besonderem rechtlichen Wollen erklärt werden. Nur das sollte nicht bestritten werden, daß ohne solche feste und allgemeingültige, methodische Art wir den bedingten Stoff der historisch werdenden Rechtssatzungen überhaupt nicht geistig beherrschen könnten, daß wir sonst unvermeidlicherweise bloß ein wildes Wirrwarr von nichts als geschichtlichen Einzelheiten haben würden, die wir sogar in ihrer formalen Eigenschaft als „Einzelheiten" noch nicht einmal zu begreifen vermöchten.

---

Nach diesen Erwägungen darf eine Schwierigkeit nicht etwa in der Frage gefunden werden: Woran man nun erkenne, ob nach einer besonderen Gesetzgebung etwas als Rechtssubjekt oder als Rechtsobjekt angesehen werden müsse? Das ist eben Frage des konkreten Inhaltes von geschichtlich gegebenem Rechte. Gerade weil dieser bedingte Inhalt sich nicht allgemeingültig von vornherein angeben läßt, so müssen seine einzelnen Bestimmungen immer erst ab-

[1] Sohm, Der Gegenstand S. 5.

gewartet werden, ehe man sagen kann, ob in ihnen jemand im Sinne eines Selbstzweckes behandelt oder als bloßes Mittel für bedingte Zwecke angesehen wird. Eine dieser beiden formalen Richtlinien ist in jedem besonderen Stoffe rechtlichen Wollens gegeben, — welche es gerade sei, das vermag im gegebenen Falle zu eindringlichen Zweifeln auf die Dauer doch wohl kaum einen Anlaß zu geben. — Indessen führen diese Bedenken zu einer letzten Erwägung dieses Zusammenhanges.

Es stellt sich nämlich bei dieser Klarlegung des Begriffes vom Rechtssubjekte heraus, daß dieser — und sein Widerpart: der des Rechtsobjektes — eine unvermeidliche Funktion des juristischen Denkens in dem Sinne ist, daß ohne sein Eintreten eine einheitliche Erfassung und Bestimmung irgend eines gegebenen Rechtsstoffes logisch unmöglich ist. Es sind beides Grundbegriffe der Wissenschaft des Rechtes, das heißt derjenigen Art von Rechtslehre, welche besonderen Rechtsinhalt in einer grundlegend einheitlichen Methode begreift. Der Gedanke von Subjekt und Objekt im Recht ist, wie ausgeführt, nur eine formale Weise, sich rechtlich geregeltes Zusammenleben einheitlich vorzustellen. Und diese einheitliche Funktion der Gedanken, die mit unseren genannten Begriffen gegeben ist, kann niemals beiseite gelassen werden, wenn rechtliche Gedanken selbst einheitlich, das ist in „wissenschaftlicher" Art bestimmt werden sollen.

Dieses ist die theoretische Grundlage für die hier vertretene Ansicht, daß es „subjektlose Rechte" nicht geben kann. Die Begründung weicht, wie schon angedeutet wurde, von den seitherigen, im Ergebnisse übereinstimmenden Lehrmeinungen ab. Diese gehen von dem Begriffe des „subjektiven Rechtes" aus und suchen darzutun, daß mit dessen Wesen es nicht vereinbar sei, ohne Subjekt zu bestehen. Aber dieser Begriff des Rechtes im subjektiven Sinne ist selbst problematisch und noch keineswegs in seinen bedingenden Merkmalen und seiner wissenschaftlichen Bedeutung sicher gestellt. Unsere hier gegebene Deduktion ist davon unabhängig, wie jemand zu den Definitionen über subjektives Recht sich stellt. Es fußt unsere These vielmehr darauf, daß bei jedem Inhalte von rechtlichem Wollen die Frage eines Subjektes in der oben bestimmten Weise (vom positiven Rechte im Sinne eines Selbstzwecks behandelt) sich aufwerfen und nicht irgendwo in der rechtlichen Betrachtung als ungeeignet beiseite schieben läßt. Daß alle rechtliche Anordnung, wie immer es sonst mit ihr stehen möge, mit der grundlegenden Methode der Gedankenordnung nach Mittel und Zweck es zu tun hat, ist ja keinem möglichen Zweifel unterworfen. Wenn dem so ist, so müssen aber auch überall die vorhin entwickelten zwei Möglichkeiten des Selbstzwecks und des nur bedingten Mittels für

notwendig und unvermeidlich erachtet werden. Sie sind mit der Einführung jener Gedankenreihe ganz von selbst gesetzt.

Wir wiesen oben nach, wie es auch notwendig ist, für die Eigenart des rechtlichen Wollens die besprochene Unterscheidung von unbedingtem Ziele und begrenzten Mitteln in doppelter Weise zu beachten: einmal für das Endziel, das ist das Grundgesetz des Rechtes selbst, die Richtung auf die innere Richtigkeit alles besonderen, jemals kommenden Rechtsinhaltes, und zum anderen für die wissenschaftliche Technik von gegebenem Rechtsstoffe, wofür aus der selbstherrlichen Eigenschaft des rechtlichen Wollens und seines Gebietes (das sachlich in vorläufiger Art vom Wollen überhaupt sich abgrenzen läßt) die oben beschriebene eigene Anwendung von Mittel und Selbstzweck sich ergibt. Diesen Gegensatz für jedes denkbare rechtliche Wollen als möglich einzusehen, heißt aber nichts anderes, als die Lehre, daß in jedem gegebenen rechtlichen Fall ein Rechtssubjekt eingesetzt werden muß, wenn anders Einheit und Ordnung der rechtlichen Gedanken sein soll.

Es steht, um einen Vergleich zu gebrauchen, in der Rechtswissenschaft mit den Begriffen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt nicht anders wie bei der wissenschaftlichen Naturbetrachtung mit den Kategorien Ursache und Wirkung. Bei jeder Veränderung, die man wahrnimmt, lassen sich diese zuletzt genannten Kategorien unterscheiden; und sie müssen eingesetzt werden, sofern eine wissenschaftliche Erkenntnis der fraglichen Naturvorgänge statthaben soll, es ist dagegen nicht möglich, diese letzte Absicht der grundlegend einheitlichen Bestimmung festzuhalten und dabei auch einmal eine ursachlose Wirkung sich vorzustellen. Und so sind — in der Parallele weitergedacht — für die wissenschaftliche Rechtslehre bei jedem rechtlichen Wollen die Begriffe Subjekt und Objekt zur einheitlichen Ordnung und Bestimmung des gegebenen Rechtsstoffes zu verwerten, und es kann nicht sein, daß einmal ein gewisser Rechtsinhalt sich fände, der es bloß mit Rechtsobjekten subjektlos zu tun hätte.

Wohl ist es möglich, daß es gegenüber einer besonderen Naturerscheinung noch nicht gelungen ist, die methodische Ordnung der Wahrnehmungen nach Ursache und Wirkung erschöpfend und beweisend durchzuführen, daß man die Ursache gegenständlich bis jetzt nicht erkennt, — aber daß eine solche Ursache überhaupt anzunehmen sei, das ist für die wissenschaftliche Erkenntnis eine nicht zu umgehende Bedingung. Und nur in einem entsprechenden Sinne kann man zugeben, daß es in bestimmten Rechtsfragen bis dahin noch nicht erreicht ist, die methodische Bestimmung jenes besonderen Rechtsinhaltes nach den Grundbegriffen von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt ausreichend zu vollziehen, — darum bleibt

trotzdem die grundlegende Methode unangetastet bestehen, daß im Interesse einheitlicher Rechtsauffassung es unweigerlich gefordert ist, daß in allen rechtlichen Beziehungen eine Ordnung nach den reinen Grundbegriffen, also auch denen des Rechtssubjektes und des Rechtsobjektes, statthat.

## 4. Subjektlose Rechte.

Wir wollen nun die Nutzanwendung des allgemein Erwogenen in einigen einzelnen Fragen ziehen.

Der Standpunkt, von dem wir ausgehen, ist der: daß man genau unterscheiden muß zwischen der Gültigkeit eines reinen Grundbegriffes der Rechtswissenschaft im allgemeinen und zwischen dem besonderen Erfolge, irgend eine rechtliche Erscheinung diesem Grundbegriffe gemäß zu bestimmen und sonach wissenschaftlich zu erkennen. Dieser Erfolg kann, wie ausgeführt, im einzelnen Falle bis jetzt noch nicht erreicht sein: an der notwendigen und unbedingt allgemeinen Gültigkeit der Grundbegriffe kann aus diesem Grunde durchaus nicht gezweifelt werden, da sie ja die Bedingungen der Einheit der Rechtsbetrachtung überhaupt sind. Bei der Frage nach dem Rechtssubjekte braucht aber für unsere heutige Jurisprudenz eine derartige zurückhaltende Auffassung nicht gehegt zu werden. Es dürfte überall möglich sein, in gegebenen besonderen Rechtsbeziehungen das Subjekt, nach dem oben genau bestimmten allgemeinen Begriff, klar darzulegen. Zu diesem Zwecke seien die wichtigsten Fälle, bei denen man gegenwärtig noch für das heutige Recht „Subjektlosigkeit" von Rechten behauptet hat. einer kurzen Besprechung unterzogen.

Aus dem reinen Römischen Recht ist hier vorzugsweise die hereditas iacens in Frage gezogen worden. Allein dafür dürften die auf den ersten Blick sich zeigenden Schwierigkeiten schon von Savigny völlig befriedigend ausgeglichen sein.[1] Er weist mit Recht darauf hin, daß der Grundgedanke im ganzen Zusammenhange der römischen Jurisprudenz hier doch nur der gewesen sein könne: daß die Erbschaft für einen zurzeit unbekannten Herrn, — der eigentlich jetzt schon Erbe ist — bewahrt und verwaltet werden soll. Daß dabei für den Erwerb durch Erbschaftssklaven für die Römer eigene Verwicklungen entstanden, zu deren Glättung sie auf die einheitliche Formel einer Fortsetzung der persönlichen Besonderheiten des Verstorbenen griffen, ändert nichts daran, daß die Erbschaft doch jetzt schon einem berechtigten Subjekte zustehen muß. Nur erfährt

[1] Savigny, System 2 § 102 S. 363ff.

man es erst später, wer dieses gegenwärtig gewesen ist. In diesem Sinne kann man den Ausdruck begreiflich finden, daß es auch heute noch eine sachlich gleiche Lage, wie die der hereditas iacens in Erbschaftsfällen geben kann.[1] Dafür kommt vor allem B.G.B. 1960 in Betracht, wonach das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen hat, „wenn der Erbe unbekannt oder wenn ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat", es auch — neben etwaiger Anordnung der Anlegung von Siegeln, der Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten, sowie der Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses — einen Nachlaßpfleger „für denjenigen, welcher Erbe wird", bestellen kann.

Aus dem Erbrechte des B.G.B. werden noch einige Einrichtungen als angebliche Fälle subjektloser Rechte angeführt. So 2162, wonach ein bedingtes oder befristetes Vermächtnis mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam wird, und des weiteren im zweiten Absatze bestimmt ist: „Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugt, oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so wird das Vermächtnis mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Bedachte erzeugt oder das Ereignis eingetreten ist, durch das seine Persönlichkeit bestimmt wird." Dies hat man als Gebundenheit des mit einem Vermächtnis Beschwerten aufgefaßt, während ein Forderungsberechtigter noch nicht vorhanden wäre.[2] Aber es ist hier überhaupt noch kein Rechtsverhältnis gegeben, auch nicht ein bedingtes, sondern es liegt einstweilen nur die juristische Tatsache der Willenserklärung des Vermächtnisgebers vor. Diese ruft für sich allein in der Besonderheit dieses Falles überhaupt noch keine Rechtsfolge hervor, sondern vermag dies erst in Verbindung mit weiteren späteren Tatsachen. Es liegt also zurzeit noch keine neue rechtliche Beziehung vor, die zugunsten eines gar nicht bestehenden Subjektes eingetreten wäre, sondern eine solche wird erst künftighin für eine dann bestimmte Person entstehen. Die Bestimmung des Rechtssubjektes dürfte danach in jedem hier einschlagenden Falle keine Schwierigkeit bereiten.

Sodann ist auf B.G.B. 1940 verwiesen worden: „Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem andern ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage)." Hier sei nur ein Verpflichteter und kein Berechtigter vorhanden.[3] Indessen fehlt hier keineswegs das Recht des durch die Auflage unmittelbar Begünstigten, im

[1] Langheinekfn, Anspruch und Einrede S. 122 N. 1.

[2] Endemann, Bürgerl. Recht 1 (8. Aufl.) § 24 S. 108 N. 2.

[3] Endemann a. a. O. § 14 S. 62 N. 15.

Sinne der berechtigenden Seite des dabei begründeten Rechtsverhältnisses, sondern es fehlt der klagbare Anspruch, der hier nach der bekannten Legaldefinition von B.G.B. 194 für die jetzige besondere Lage noch einmal umschrieben ist.[1] Dabei mögen sogenannte „Reflexwirkungen" auf Dritte fallen, die in irgend einer Weise mittelbar von den fraglichen Einrichtungen Vorteil ziehen, ohne selbst als Rechtssubjekte in den nun gerade geordneten Rechtsverhältnissen aufzutreten. Unser dermaliges Thema würde ja in der Frage nur dahin gehen, ob es nach dem Stande unserer Einsicht noch nicht geglückt sei, den wissenschaftlichen Zusammenhang einzelner gegebener Rechtsbestimmungen nach dem Grundsatze des notwendig in ihnen einzusetzenden Rechtssubjektes aufklärend zu erlangen. Dies anzunehmen, ist kein Grund ersichtlich. Im besonderen kann auch das nicht selten beliebte Beispiel von Zuwendungen an Tiere, oder auch an Personen, die nur nach Artmerkmalen (wie nach 2072) bezeichnet sind, keine unauflöslichen Bedenken schaffen. Da in solchen Fällen nach B.G.B. 2194 bestimmte Personen die Vollziehung der Auflage verlangen können, denen sie selbst unmittelbar nicht zugute kommt, die vielmehr in einer zweifellos nur fürsorgenden Tätigkeit für den Willen des Erblassers auftreten,[2] so nähert sich die Frage der Konstruktion dieser Fälle außerordentlich der von den juristischen Personen, besonders den Stiftungen.

In dieser so viel umstrittenen Lehre sind nun gerade, wie es scheint, die ehemals zahlreichen und beachtenswerten Stimmen für Anwendung der Vorstellung von subjektlosen Rechten zurückgegangen. Es findet heute weder die Formulierung von dem „Zweckvermögen", noch die von der „Personifikation" subjektloser Vermögensrechte, soviel man sieht, nachdrückliche Vertreter in größerer Zahl mehr. Diese Fassungen sind vielmehr zugunsten der Aufstellung, daß es sich bei den juristischen Personen um wirklich bestehende Wesen, um reale leiblich-geistige Einheiten handele, zurückgedrängt worden. Hiergegen bestehen jedoch ungelöste sachliche Bedenken. Wir wollen sie in Kürze kennzeichnen und dabei von einfachen, grundlegenden Sätzen ausgehen, die man im wesentlichen als geistiges Gemeingut seit langem bezeichnen darf. Das Problem geht aber dahin: Mit welchem Rechte ist jemand imstande, außerhalb seiner ein beseeltes und denkendes Wesen zu behaupten oder zu leugnen?

An und für sich besitzt ein jeder nur sein Selbstbewußtsein. Indem er sich ein Ding als ein denkendes Wesen vorstellt, so be-

[1] Dasselbe ist wohl von Planck zu 1940 gemeint: Es stehe der Verpflichtung „kein selbständiger Anspruch eines andern auf die Leistung" gegenüber.

[2] Vgl. dazu Strohal, Erbrecht (3. Aufl.) I § 6 S. 38 N. 8 und die dort zitierten Schriftsteller.

deutet dieses eine Übertragung seines eigenen Bewußtseins auf dieses Ding, z. B. hier auf den Gedanken eines Verbandes von Menschen. Und da ist es nun zweifellos, daß die wissenschaftliche Begründetheit einer solchen Übertragung nur unter Vorlegung erkenntniskritischer Gründe behauptet oder abgelehnt werden kann. In welcher Methode lassen sich nun aber bestimmende Gründe für oder wider vorbringen? Die Auflösung dieser Frage wird durch die Erwägung geliefert: ob es möglich ist, das in Rede stehende Ding in einheitlicher Art und Weise unserer Gedanken zu begreifen und widerspruchslos in das Ganze unseres Bewußtseinsinhaltes einzureihen, — ohne daß man die vorhin genannte übertragende Vorstellung des Selbstbewußtseins zu Hülfe nimmt. Wenn jemand den Gedanken eines Lebewesens hat, das ein Mensch ist, wie er selbst, so muß er auf dieses Wesen die Eigenschaft des Selbstbewußtseins übertragen, oder aber er hätte Wirrnis und Widerspruch in seinen Gedanken. Falls er aber einen Verband von Menschen in geschlossenem Begriffe sich vorhält, so vermag er diesen Gedanken in seiner rechtlichen Selbständigkeit auszudenken, ohne die Übertragung der Vorstellung des Selbstbewußtseins nötig zu haben. Denn jener Gedanke besagt nichts als eine besondere Art und Weise, die Rechtsverhältnisse der einzelnen Mitglieder des Verbandes zu anderen Rechtsgenossen zu erfassen. Diese besondere Art und Weise unterscheidet sich gleichmäßig von derjenigen, in der die Beziehungen von bloßen Gesellschaftern zu Dritten oder überhaupt von irgendwelchen Privatpersonen untereinander begriffen werden, — aber sie ordnet sich auch in allen ihren Bedingungen der formalen Einheit der Rechtsbetrachtung ohne weiteres ein. So kann zwar das Wesen von menschlichen Verbänden nicht in der Beseeltheit des Verbandes erblickt werden, aber es ist auch andererseits gegenüber einer angeblich wirklichen „Subjektlosigkeit" nichts zu fingieren oder zu personifizieren; vielmehr läßt es sich in dieser Definition wiedergeben: Die Rechtsfähigkeit eines Vereins ist eine Methode, die Rechtsbeziehungen seiner Mitglieder untereinander und zu Dritten einheitlich zu fassen. Indem dieses einheitliche formale Verfahren sich dadurch charakterisiert, daß die im Verbande sich zusammenschließenden Rechtsbeziehungen der Mitglieder wie die eines als Rechtssubjekt anerkannten Menschen zu bestimmen sind, so erlangt man mit diesem auf der Hand liegenden Vorteil der juristischen Technik des näheren zugleich gegründeten Anlaß zu der Fassung: Der rechtsfähige Verein ist ein Rechtssubjekt. Zwar sind es im letzten Grunde notwendigerweise die Rechtsverhältnisse seiner Mitglieder, die in Frage stehen, aber mit der Formel, daß sie als Rechtsbeziehungen des Vereins einheitlich bestimmt sind, wird zugleich gesagt, daß der letztere dann von dem

geltenden Recht im Sinne eines Selbstzweckes aufgestellt und geregelt ist, — was dem in dem vorigen Abschnitt entwickelten Begriff des Rechtssubjektes entspricht. Von der Vorstellung, daß hier „subjektlose Rechte" als Dinge an sich umherirren sollten, sind wir nun ganz entfernt.

Wir kehren auch nicht zu ihr zurück, sobald wir etwa die Rechtslage bei Stiftungen und bei Sammelvermögen betrachten. Die letzteren sind überhaupt nur bestimmte Veranstaltungen, um zusammenfließende Beiträge zu gewissen Zwecken weiterhin zu verwenden, wobei es jedesmal besondere Frage des einzelnen Falles ist, welchem Rechtssubjekt das zusammengebrachte Vermögen nun zustehe; eine unbedingte Unmöglichkeit, dieses jeweils zu bestimmen, kann hier von vornherein zweifellos nicht behauptet noch bewiesen werden. Nicht anders steht es aber schließlich mit den Stiftungen, deren Konstruktion für die uns beschäftigende Erwägung als die schwierigste zugegeben werden darf. Eine Lösung wird nur mit Hilfe einer mehrfachen Unterscheidung möglich sein.

Zunächst sind die Fälle auszuscheiden, in denen ein Vermögen in der Art gestiftet wird, daß es einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person zufallen soll, unter der Auflage, es zu dem Stiftungszwecke zu verwenden. Hier ist die Frage des Rechtssubjektes für das zugewiesene Vermögen erledigt, während die nach der Person des durch die Auflage Berechtigten zu den Erwägungen zurückführt, die im ersten Teile dieser Nummer zu B.G.B. 1940 gegeben wurden.

Damit mag sich gleich eine kurze Betrachtung des Begriffes „Anstalt" und seines Verhältnisses zu dem der „Stiftung" verbinden. Eine Anstalt ist eine Einheit von besonderen einzelnen Rechtsbeziehungen einer Person (gewöhnlich wohl einer juristischen), als Einheit durch die Festsetzung eines gewissen, mit ihr zu erreichenden Zieles bestimmt. Eine solche eigenartige Ausschaltung kann nun durch die Rechtshandlung des „Stiftens" seitens eines Dritten geschehen, der in der eben erwähnten Weise einer anderen Person ein Vermögen unter einer Auflage überweist; es ist aber an sich auch möglich, daß jemand allein für sich aus seinem Vermögen heraus eine eigene „Anstalt" gründen mag. Und dann ist zu unterscheiden. Geschieht dieses innerhalb des öffentlichen Rechtes, so ist es nach unserer Rechtsordnung zulässig, daß diese einheitlich zusammengeschlossenen Rechtsbeziehungen selbst wieder wie die eines einzelnen Menschen behandelt werden. Das B.G.B. 89 gestattet dieses in der Art, daß die nähere Ausgestaltung solcher Anstalten des öffentlichen Rechtes dann durch die Landesgesetzgebung zu treffen ist, z. B. bei unseren Universitäten. Dagegen gibt es in entsprechender Weise keine „Anstalten" des bürgerlichen Rechtes, z. B. ein Sanatorium

oder ein Zweiggeschäft und dergleichen, die einem Privaten gehören; hier ist außer der genannten Stiftung unter einer Auflage eine weitere eigene rechtliche Einrichtung gesetzlich nicht zugelassen.

Allen diesen stehen nun die selbständigen Stiftungen gegenüber, bei denen die Bestimmung des Rechtssubjektes von jeher am meisten Schwierigkeiten bereitet hat. Wenn nicht alles täuscht, so kam dieses jedoch vor allem daher, daß man sich mühte, für die Angabe des jeweils berechtigten Subjektes eine einzige, gleichlautende Formel aufzustellen, während der Möglichkeiten hier mehrere sind, und nur die Entstehung durch „Stiften" (= zu gewissem Zweck aussetzen) sich gemeinsam erweist. Handelt es sich etwa um eine Diakonissenanstalt, so werden regelmäßig die hier einschlägigen Rechtsverhältnisse an sich den Schwestern als berechtigten Subjekten in der nun konkret bestimmten Weise zustehen und für das Verhältnis zu Dritten im einheitlichen Sinne nach der oben gegebenen Formel der Beziehungen von Mitgliedern eines Verbandes zu behandeln sein, auch wenn die Diakonissen selbst sich nicht im Sinne eines rechtsfähigen Vereins verbunden haben. Das gleiche vermag in entsprechender Art bei Waisenhäusern oder Armenanstalten vorzuliegen, wobei auch die verwaltenden Organe, wenn es mit rechten Dingen zugeht, sich doch stets als Vertreter der Armen oder der elternlosen Kinder fühlen werden. So ist es denn auch die Einheit der letzteren, die von dem Recht als Subjekt genommen wird, gleichviel in welcher begrenzten Weise und besonderen Art ihnen der Vorteil daraus zufließt. Allein es gibt nun in der Tat auch Stiftungen, bei denen die Begünstigten („Destinatäre") so vag angegeben sind, daß die Vorstellung dieses irgendwie eintretenden „Publikums" zu ungenau ist, um in ihr Rechtsbeziehungen bestimmter Personen zusammenziehen zu können, etwa bei Museen, Schutzhütten u. a. Hier ist das berechtigte Subjekt niemand anders, denn das Rechtsganze selbst, dieses wieder in dem vorhin besprochenen Sinne eines als Subjekt behandelten Rechtsverbandes genommen und selbstverständlich gegenüber anderen, im einzelnen Falle angegebenen, Subjekten mit einer Auflage belastet. Hier liegt nun freilich eine bis jetzt noch ungelöste Schwierigkeit vor: wie nämlich das Rechtsganze selbst wieder in einem besonderen Rechtsverhältnis als Subjekt eingesetzt werden mag, welches Rechtsverhältnis — in seiner sachlichen Eigenart — eine Beziehung zu der Gesamtheit der Rechtsunterworfenen bedeutet. Daß ein solches Recht, wie das Eigentum des Rechtsganzen, zu bestehen vermag, ist ja nicht bestritten und nicht zu bezweifeln; seine volle und letzte Analyse kann es nur in der Deduktion der Begriffe vom Rechtsverband und von der Rechtsgesamtheit erhalten, die hier nicht zu geben ist. Es mag an dieser Stelle genügen, die Notwendigkeit von subjektlosen Rechten abzulehnen, und es zu ver-

neinen, daß in den genannten Rechtsfragen eine objektive Unbestimmtheit des Rechtssubjektes unvermeidlich anzunehmen wäre.

Neben den besprochenen erbrechtlichen Fragen, sowie der erörterten Auffassung der juristischen Personen ist die Subjektlosigkeit von Rechten besonders noch in Fällen der Aufgabe bestehender Rechte behauptet worden. So führt schon BRUNS derelinquierte Inhaberpapiere als hierher gehörig an.[1] Aber Inhaberpapiere begründen erst dann ein Schuldverhältnis, wenn sie in besonderer Art in jemandes Hände gekommen sind, so daß ein bestimmter Berechtigter immer da sein muß. Hierbei ist der Streit über Vertrags- oder Kreationslehre ganz gleichgültig, denn auch nach der letzteren, die nach B.G.B. 794 nun mit Recht von der wohl herrschenden Meinung angenommen ist, muß das fertig ausgestellte Inhaberpapier doch erst irgendwie in den Verkehr gekommen sein.[2] Wird dann später ein Inhaberpapier verloren oder aufgegeben, so besteht das Schuldverhältnis nicht etwa als subjektloses fort, sondern es ist untergegangen und entsteht nach festen Rechtssätzen möglicherweise später wieder. Im besonderen können aus der Frage des Laufes der Verjährung keine Bedenken hergeleitet werden, da die letzten Zweifel hierüber durch B.G.B. 801 gehoben sind.

Neuerdings ist mit besonderem Interesse die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken nach B.G.B. 928 in den Kreis unserer Betrachtungen gezogen werden.[3] Aber wenn hier das Grundstück mit der ordnungsmäßig durchgeführten Aufgabe herrenlos wird, so ist das Eigentum als solches weggefallen. Es ist zurzeit allerdings kein bestimmtes Rechtssubjekt als Privateigentümer da, aber auch kein Privateigentum, das ohne Subjekt bestände. Bei der Aufgabe des Eigentums an beweglichen Sachen wird dies, soviel ich sehe, allgemein als zweifellos angenommen. Es ist jedoch nach dem Sachenrecht unseres B.G.B. kein Grund ersichtlich, die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken in abweichender Art aufzufassen: Die Verschiedenheit in der Behandlung beider Fälle fängt erst mit der Aneignungsmöglichkeit und dem bevorrechteten Erwerbe bei herrenlosen Grundstücken an.

Anderer Ansicht ist HELLWIG, der in interessanter Weise ausführt, daß die Aufgabe des Eigentums an einem Grundstücke das Eigentum nicht erlöschen lasse. Vielmehr bleibe dieses bestehen, und nur sein Subjekt falle fort. Es gehöre dieses Grundstückseigen-

---

[1] BRUNS, Das heutige Römische Recht, in HOLTZENDORFFS Rechtsenzyklopädie §15.

[2] Vgl. hierzu die interessanten Ausführungen von HABRUCKER, Rechtsempirie und Rechtstheorie. (Diss. Halle 1906.) S. 55 ff.

[3] DERNBURG, Bürgerl. R. 3 § 159 No. 1 macht auf die Möglichkeit der Dereliktion eines Bergwerks aufmerksam.

tum zu Vermögensmassen, denen ein physisches Subjekt fehle, die aber doch als eine Einheit von Rechten mit Pflichten, die auf ihr ruhen, erkannt werden, wozu gemeinrechtlich die hereditas iacens (als subjektloser Nachlaß) gehöre.[1] Der Aneignungsberechtigte setze das Eigentum fort, das in der Zwischenzeit weiter existiere; er sei Rechtsnachfolger der Vermögensmasse, indirekt also auch des Aufgebenden.[2]

Das B.G.B. bietet jedoch zum Aufwerfen dieser konstruktiven Schwierigkeit gar keinen Anhalt. Wenn es in seiner jetzigen Fassung sagt, daß das Eigentum „aufgegeben" werde, so soll das nicht bedeuten, daß nur der Eigentümer ausscheide, sein Recht aber ohne Subjekt noch da sei. Im Entw. I ist in 872 deutlich gesagt: „Erklärt der eingetragene Eigentümer vor dem Grundbuchamte, daß er das Eigentum an dem Grundstück aufgebe, so erlischt sein Eigentum mit der Eintragung dieser Erklärung in das Grundbuch;" — daß eine Änderung in der Sache beabsichtigt worden sei, geht aus den Verhandlungen nicht hervor.

Hellwig beruft sich auf die oft besprochenen Sätze von Z.P.O. 58 und 787, wonach vor der Eintragung des neuen Eigentümers ein Prozeß wegen eines Rechtes an dem nach B.G.B. 928 aufgegebenen Grundstück möglich ist und als Gegner des an dem Grundstücke Berechtigten ein „Vertreter" von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichtes zu bestellen ist. — Hier ist jedoch zunächst zu betonen, daß nur Rechte an dem aufgegebenen Grundstück weiter bestehen sollen und für deren mögliche Durchsetzung zu sorgen ist. Eine Übertragung dieser Sorge auf neu entstehende Rechte „des Grundstücks" ist ohne Grund, die Ansicht, daß bei einer Beschädigung des herrenlosen Grundstücks eine Ersatzforderung für ein nicht vorhandenes Subjekt zu entstehen habe, findet in unseren Gesetzen keinen Anhalt. Wenn von dem aufgegebenen Grundstücke Früchte und sonstige Ereignisse entstehen, so würde meines Erachtens nicht die Analogie der ruhenden Erbschaft anzuwenden sein, sondern etwa die von jagdbaren Tieren, die Junge werfen.[3] In jedem Falle kann das Weiterbestehen von dinglichen Rechten, die an dem jetzt aufgegebenen Grundstücke früher begründet waren, kein Befremden er-

[1] Einen andern und sachlich abweichenden Vergleich gebrauchte Sächs. B.G.B. 294: „Erklärt er (sc. der Eigentümer) bei Gericht, das Eigentum aufgeben zu wollen, so ist die unbewegliche Sache als erbloses Gut zu behandeln, nachdem ein öffentlicher Aufruf des etwa Berechtigten stattgefunden hat."

[2] Hellwig, Anspruch und Klagrecht § 32; Rechtskraft § 40 III; Lehrb. d. Zivilprozeßrechts 1 § 43 II; 2 § 124 S. 378.

[3] Endemann, Bürgerl. R. 2 § 78 N. 12 nimmt an, daß die Früchte in dem Sinne herrenlos werden, daß jeder Beliebige sie sich aneignen und damit zu Eigentum erwerben kann.

regen. Diese stehen ihrem seitherigen berechtigten Subjekt weiter zu. Da der Charakter der Dinglichkeit sich erschöpfend überhaupt nur durch die bestimmte Ausschließungsmöglichkeit wiedergeben läßt, die in der Beziehung des Berechtigten zur Gesamtheit der Rechtsunterstellten zu denken ist, so spricht gegen den Weiterbestand der in der zweiten und dritten Abteilung eingetragenen dinglichen Rechte für die seitherigen Rechtssubjekte gar nichts, und in der vorhin genannten, viel erörterten Streitfrage: Wie bei der Durchführung solcher Rechte der gegnerische „Vertreter" nach Z.P.O. rechtlich aufzufassen sei,[1] würden wir uns demnach der Ansicht anschließen, die in diesem Vertreter einen solchen der Rechtsgesamtheit erblickt, nicht aber einen Vertreter eines objektiv unbestimmten, eigentlich gar nicht vorhandenen Rechtssubjekts. So spitzt sich z. B. die Hypothek an einem Grundstück in der hier für sie entscheidenden Weise durchaus nicht auf ein Recht gegen „den Eigentümer" persönlich zu, und noch weniger gegen „das Eigentum", als merkwürdige, selbständige Größe dunkel empfunden: Sie ist in der ihr wesentlichen Art der Belastung eine Rechtsbeziehung des Berechtigten zu der Gesamtheit der mit ihm rechtlich Verbundenen. Eine solche dingliche Beziehung des Hypothekengläubigers zu der Rechtsgesamtheit vermag der Eigentümer zu begründen, dem die in letzter Linie stehende Verfügungsgewalt über die Sache vom Gesetz eingeräumt ist. Dieser Letztere ist danach in der weiteren Durchführung der „Vertreter" der rechtlichen Gesamtheit gegenüber dem in der Hypothek Berechtigten. Nun erlischt das Eigentum, und damit fällt der seitherige „Vertreter" der Gesamtheit weg: Es ist in diesem Sinne, daß ihr nun ein anderer nach dem Paragraphen der Prozeßordnung, gegenüber dem an dem Grundstück dinglich Berechtigten bestellt wird.

Wie steht es nun mit dinglichen Rechten, welche für das jetzt aufgegebene Grundstück bestellt sind und in dem Bestandsverzeichnis unter II. Eintragung gefunden haben? — Windscheid vertrat für das gemeine Recht die Ansicht, daß die Grunddienstbarkeiten durch Dereliktion des herrschenden Grundstücks nicht untergingen, sondern als subjektlose weiterbeständen.[2] Quellenstellen gibt es für diese Frage nicht. Die Begründung Windscheids, daß der Wille des Derelinquierenden auf Aufgeben des Eigentums gerichtet wäre, aber nicht auf Aufgeben der Dienstbarkeit, überzeugt nicht. Das Aufgeben des Eigentums schließt nach Römischem Recht eben notwendig den Wegfall aller weiteren Rechtsbeziehungen in sich, die

[1] Material bei Endemann, Bürgerl. R. 2 § 78 N. 18; Stürler S. 42 No. 1 § 16.

[2] Windscheid, Pandekten § 215 N. 3; vgl. Kipp, Bemerkungen zu diesem Paragraphen No. 5 (9. Aufl. S. 1097).

mit dem Bestehen des Eigentums wesentlich verknüpft sind. Sollte aber einmal eine besondere Rechtsordnung es anders bestimmen, so würde erst die Aufgabe entstehen, im Sinne ihrer materialen Einrichtungen das Subjekt der weiter bestehenden Dienstbarkeit festzustellen und im besonderen die Frage zu lösen, wie nach dem besonderen Stoffe, der dann in technischer Begrenzung wieder zu bearbeiten wäre, der das Eigentum Aufgebende doch für sich oder einen andern die Dienstbarkeit bestehen zu lassen vermöchte. Im Sinn unseres heute geltenden bürgerlichen Rechtes kann es dagegen nur gelegen sein, dingliche Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, mit dem Aufgeben dieses Eigentums auch erlöschen zu lassen, so daß der Inhalt des Grundbuche unrichtig wird.[1] Wenn dann der zur Aneignung Bevorrechtete das Eigentum an dem herrenlos gewesenen Grundstück erwirbt, so stehen ihm die erwähnten untergegangenen Rechte nicht ohne weiteres wieder zu. Die bloße Verweisung darauf, daß sie „geruht" hätten, genügt nicht zu ihrer Neuentstehung, sie müssen nach besonderem Rechtsgrund erst wieder in das Leben gerufen werden. —

Zum Schlusse sei auf die Rechtsbeziehungen bei der Auslobung hingewiesen. Bei ihr ist der objektive Rechtsbestand vor Erfüllung der öffentlich gestellten Aufgabe als subjektloses Recht behauptet worden.[2] Die Konstruktion war im gemeinen Rechte bekanntlich dahin streitig, ob in der öffentlichen Auslobung eine einseitig verpflichtende Erklärung oder ein Angebot zu einem Vertragsschlusse gegenüber unbestimmten Personen gelegen sei. Nach B.G.B. 657 dürfte die Annahme des ersten wohl mit Recht der herrschenden Meinung entsprechen. Dagegen ist in der neueren Zeit, im besonderen Anschluß an den interessanten Prozeß des Grafen Hoensbroech gegen den Kaplan Dasbach mehr der Unterschied der Auslobung von der Wette erwogen worden.[3] Da nicht bezweifelt wird, daß eine Wette auch mit einseitigem Einsatze, bloß von der einen Seite her, annehmbar erscheint, so kann der Gegensatz nur in dem sachlichen Sinne der gerade fraglichen Willenserklärungen gefunden werden. Man muß fragen: aus welchem sachlichen Grund unsere Rechtsordnung Spiel und Wette aus der Reihe der klagbaren Rechtsgeschäfte entfernt hat? Dann ist zu antworten: weil das eigene Ergebnis im Inhalte dieser Geschäfte nur subjektiven Wert hat und sich in den

[1] Mot. 3, 325: „Im übrigen liegt kein Grund vor, die Deriliktionserklärung anders zu behandeln, als die Auflassungserklärung des Eigentümers."

[2] S. bes. Bekker, Pandekten 1 S. 60.

[3] D.J.Z. 9, 623; 10, 392; Recht 8, 380. — Neuer interessanter Fall: Seufferts Bl. f. R.A. 72, 36. Vgl. auch R.G. 61 Nr. 37 S. 153.

objektiven Gehalt des Reiches sozialer Zwecke, in das Zusammenwirken zum gemeinsamen Kampf um das Dasein nicht harmonisch einfügt. Man kann beim Spiele zweierlei unterscheiden: den Wunsch nach Zerstreuung, Auffrischung, Erholung einerseits und das inhaltliche Ergebnis des Schachmatt, des Robber u. a. Jenes erste vermag der genannten Einfügung sehr wohl zu unterliegen, und so kann beispielsweise ein Dienstvertrag auf Vornahme eines solchen Spieles rechtsgültig abgeschlossen werden. Der besondere Inhalt des Spieles aber ist für das soziale Zusammenwirken gegenständlich ganz gleichgültig und wird darum vom objektiven Rechte mit Grund aus den erzwingbaren Sonderverbindungen ausgeschaltet. Entsprechend ist aber bei Wette und Auslobung zu prüfen: ob nichts weiter, als subjektives Rechthaben in irgend einer Behauptung in Frage steht, oder eine Tätigkeit, die zu den Aufgaben des gemeinsamen Zusammenschlusses objektiv mithilft, aufgeboten wird, — wie dieses in dem vorhin zitierten Zivilrechtsfall des Oberlandesgericht Cöln mit Recht bejaht hat.

Liegt nun eine solche rechtsverbindliche und klagbare Auslobung vor, so entsteht in der gerade hier behandelten Frage ein Bedenken eigentlich erst in der Konstruktion der unwiderruflichen Auslobung nach B.G.B. 658,2: „Auf die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden; ein Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme einer Handlung." Die einfache öffentliche Bekanntmachung im Sinne von B.G.B. 657 bietet zunächst nur eine Möglichkeit, daß durch Vornahme der ausgeschriebenen Handlung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Auslobenden und dem Handelnden herbeigeführt werde. Die Auslobung ist zwar nicht ein Antrag, der nach den Regeln des Vertragsschlusses angenommen werden müßte, aber sie schafft auch bloß durch ihr Bestehen noch kein Rechtsverhältnis. Dies geschieht erst durch die Herbeiführung des Erfolges oder die sonstige Vornahme der in das Auge gefaßten Handlung, so daß es jedesmal klar ist, wer als berechtigtes Subjekt dem Auslobenden gegenübersteht.

Der Widerruf ist dabei nur eine Möglichkeit, das Zustandekommen des von der Auslobung selbst ermöglichten Rechtsverhältnisses wieder hintanzuhalten. Daß er nach B.G.B. 658,1 in gewisser äußerer Weise erfolgen muß, um diese Folge des rechtswirksamen Hinderns zu erzielen, stimmt mit unserer Auffassung sehr wohl. Es läßt sich also auch dahin fassen: die unwiderrufene Auslobung ist eines von mehreren Momenten, nach deren vereinigtem Tatbestand ein Rechtsverhältnis zwischen dem Auslobenden und einem nun fest bestimmten Subjekte zustande kommt, — von einem subjektlosen Bestehen eines Rechtsverhältnisses zu reden, ist kein Anlaß.

Dieses bleibt aber schließlich in gleicher Weise auch bei der befristeten und überhaupt unwiderruflichen Auslobung bestehen, deren gesetzliche Unterlage (B.G.B. 658,2) soeben angeführt wurde. Auch hier wird der Auslobende nur dem gegenüber verpflichtet, der vor einem ordentlichen Widerrufe die fragliche Handlung vornimmt. Er ist aber vorher überhaupt noch nicht verpflichtet, es besteht vorerst kein Schuldverhältnis. Die „Gebundenheit" des Auslobenden, den Ablauf einer bestimmten Frist abzuwarten, bedeutet also, ebenso wie das Erfordernis einer formellen Art des Widerrufes, nicht schon ein festes Rechtsverhältnis zu „niemandem" — wie es im Gedanken des „subjektlosen" Rechtes gelegen wäre, sondern es ist in ihrer Aufstellung auch bloß die nähere Art der Voraussetzungen angegeben, nach denen ein festes Rechtsverhältnis des Auslobenden zu einem, ihm von Anfang an bestimmt gegenübertretenden Rechtssubjekte zur Entstehung zu gelangen vermag.

Danach dürfte das Ergebnis, das wir oben (II. a. E.) vorgestellt haben, ausreichend begründet erscheinen.

**Erich Jung**
**Greifswald.**

# „Positives“ Recht.

Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung.

„Gesetz im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm" (Art. 2 E.G. B.G.B.).

Die Bestimmung ist ähnlichen der Einführungsgesetze zur Z.P.O. (§ 12), zur K.O. und zur St.P.O. nachgebildet; sie soll vorwiegend „terminologischer" Art sein; daß nicht nur Gesetze im staatsrechtlichen Sinn, sondern auch autonome Satzungen (PLANCK, NIEDNER) durch den Begriff: Gesetz mit umfaßt sind.

Aber nicht so sehr in dem, was sie direkt ausspricht, liegt die Bedeutung der Bestimmung, als vielmehr in dem, was sie nicht bringt. Die zweite Kommission hat die Bestimmung des ersten Entwurfs gestrichen,[1] welche das Gewohnheitsrecht als eigene Rechtsquelle tatsächlich negierte; es soll unter den Begriff der Rechtsnorm auch das Gewohnheitsrecht fallen. Diese abweichende Auffassung im Gesetze auszusprechen, hat die zweite Kommission absichtlich unterlassen. „Wie sich das Gewohnheitsrecht, solange es bestehe, zu dem geschriebenen Gesetzesrecht verhalte, sei eine Frage, die der Macht des Gesetzgebers entrückt sei." (Protokolle Bd. 6 S. 362.)

Unser Gesetzgeber war sich, wie in praktisch viel bedeutsamerer Weise seine vielfachen Verzichte auf technische Formung und im ganzen seine verhältnismäßige Kürze dartun, der Grenzen seiner Macht durchaus bewußt. Man darf sagen, daß er sich von jener rationalistischen Überhebung frei hielt, der von Justinian bis zur Aufklärungszeit fast alle Gesetzgeber anheimgefallen sind. Freilich ist diese Selbstbescheidung im wesentlichen erst in letzter Stunde, in der zweiten Kommission, durchgedrungen; ein Erfolg der historischen Lehrzeit unserer Wissenschaft, welcher die Meister wohl nicht übermäßig befriedigen würde, die der Nation und ihrer Rechtsproduktion im Jahre 1814 aus Besorgnis vor naturrechtlichen Infektionsstoffen

[1] § 2. „Gewohnheitsrechtliche Normen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist."

Motive Bd. I S. 6. „Der Entwurf . . . erklärt sich gegen das Gewohnheitsrecht. Er versagt demselben die Kraft, das Gesetzesrecht aufzuheben, zu ändern oder zu ergänzen."

diese lange Karenzzeit auferlegten; haben doch die unter der unbestrittenen Herrschaft der historischen Schule erwachsenen Juristen der ersten Kommission mit jener Bestimmung über das Gewohnheitsrecht eine ganz prinzipielle — ja der Theorie nach die eigentlich prinzipielle — Lehre der historischen Schule gänzlich verleugnet.

Für uns aber, für die Frage der Auslegung, ist zunächst folgendes von Bedeutung an der Bestimmung des Art. 2 des E.G.; es gibt also noch weiteres positives Recht außer den Sätzen des B.G.B.; geltendes Recht, das nicht in einem der Paragraphen des B.G.B. enthalten ist.

Was das nun für Recht ist, und vor allem, wo es erkannt werden kann, darauf wird die nächste Antwort lauten, das ist eben das Gewohnheitsrecht. Hier ist nun für uns, d. h. für diejenigen, die sich mit dem nach dem 1. Januar 1900 in Deutschland auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts eingetretenen Rechtszustand zu befassen haben, das Problem der Rechtsquelle in einer Richtung wesentlich vereinfacht. Alles alte Gewohnheitsrecht ist beseitigt; daß sich aber bis jetzt auch noch kein neues deutsches Gewohnheitsrecht gebildet hat, dürfte von niemand bestritten werden. Somit liegt für die vorliegende Untersuchung das Problem des Gewohnheitsrechts nicht unmittelbar im Weg. Es sind jedoch in seiner neueren Behandlung Behauptungen und Neigungen hervorgetreten, die so sehr in der Richtung der hier erhofften Ergebnisse liegen, daß sie in diesem Zusammenhang mindestens von symptomatischer Bedeutung sind.

Die seit der historischen Schule herrschende Vorstellung von den Rechtsquellen leidet, wie mir scheint, vor allem an der im Grunde noch durchaus naturrechtlich-nationalistischen Stellung der Frage; es wird gesucht nach dem Grund der verbindenden Kraft der einzelnen Rechtssätze, der entweder in der sie tragenden Überzeugung des Volks oder in ihrer Verkündnng durch die dazu befugte Stelle liege. Es wird damit in der Theorie gerade das verleugnet, was im einzelnen wirklich eine Errungenschaft der historischen Schule war; nämlich, daß es vor allem einmal gelte, die historischen Tatsachen, das lebende Recht, zu erforschen,[1] statt zu fragen, aus welchem Grunde denn der einzelne Satz gelte, was im Grunde nichts anderes ist als die Frage, ob er so gelten sollte.

[1] Die erste Aufgabe der Gesetzgeber sei, „das unabhängig von ihnen seiende Recht zu erkennen und auszusprechen"; SAVIGNY in Bd. 1 der Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft S. 384. Rezension von v. GÖNNER, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit.

Die historische Schule verglich bekanntlich gern das Recht mit der Sprache; vgl. unter anderm § 2 von SAVIGNYS Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung usw. Unter dem direkten Einfluß SAVIGNYS formulierte GRIMM die Aufgabe der Sprach-

„Das Rangverhältnis zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht ist als eine Tatfrage aufzufassen; es kommt darauf an, ob rein tatsächlich die Macht des Gesetzes oder die Macht des Gewohnheitsrechts die stärkere ist",[1] sagt Cosack (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts § 10), und es wird dann auch — was meines Erachtens unabweisbar ist, wenn man mit jener Auffassung Ernst macht, — die unerwünschte, weil „zweifellos den Regeln der Reichsverfassung und des E.G. zum B.G.B. widersprechende", Konsequenz gezogen, daß Reichsrecht durch Landesgewohnheitsrecht abgeändert oder aufgehoben werden kann.[2] Das mag manchem noch herausfordernd klingen; aber es scheint mir durchaus übereinzukommen mit den Ergebnissen der beiden wichtigsten Untersuchungen, die die Frage in neuerer Zeit und nach Puchta erfahren hat, durch Zitelmann und Rümelin.[3] Das wesentliche Ergebnis dieser Untersuchungen, ein Ergebnis allerdings vorwiegend negativer Art, möchte ich mit Windscheid-Kipp in zweifacher Richtung suchen; daß weder die Gestattungs- noch die Überzeugungstheorie den Grund der Geltung angibt; und zweitens in der damit eng zusammenhängenden Erkenntnis, daß sich niemals ein Zeitpunkt des formellen Positivwerdens feststellen

---

wissenschaft in ganz entsprechender Weise, daß es sich nicht darum handle, Gesetze der Sprache aufzustellen, sondern die vorhandenen zu erkennen; und neuerdings hat man sogar in der Theologie die Forderung erhoben, man müsse vor allem den vorhandenen Bestand an im Volke lebendigen religiösen Vorstellungen kennen zu lernen suchen, wenn man als Theologe und Lehrer auf diese Vorstellungen einwirken wolle; vgl. Drews, Religiöse Volkskunde, in den hessischen Blättern für Volkskunde, 1902, Gießen, vom 2. Heft ab Leipzig, Teubner.

[1] Welche gänzliche Ausschaltung jenes naturrechtlichen Bestandteils der Fragestellung, — den freilich in anderer Form wieder einzusetzen den Gegenstand dieses Versuchs bildet — dem Standpunkt der historischen Sehule nur durchaus gemäß sein müßte.

[2] Im alten Reich war bekanntlich das gemeine Recht das subsidiäre, und das kommt überein mit dem sonst geltenden Grundsatz, daß die speziellere Regelung der allgemeinen, also das Recht des engeren Kreises dem des weiteren, vorgeht; während der gegenteilige Standpunkt unserer Reichsverfassung umgekehrt als der allein entsprechende erscheinen muß für eine Auffassung, die Recht und Staatswillen identifiziert, für den klassizistischen Staatsgedanken, der wie H. Taine (Origines de la France contemporaine, Le regime moderne. Übersetzung von Katscher) sich ausdrückt, „die menschliche Gesellschaft nicht vom modernen, germanischen, christlichen Standpunkt auffaßt als ein Zusammenwirken von unten ausgehender Initiativen, sondern in der Weise des Altertums, der Heiden, der Romanen, als eine Stufenleiter von oben eingesetzter Obrigkeiten".

[3] Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 66 Neue Folge Bd. 16.

G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik usw. Bd. 27.

läßt, wie ihn die positivistische Theorie[1] für jeden geltenden Rechtssatz verlangt; daß jedes abändernde Gewohnheitsrecht[2] ursprünglich einmal plötzlich, für die herrschende Rechtsquellentheorie also durch Rechtsbruch, entsteht.[3] In Verbindung mit einer Auffassung des Gesetzesrechts, daß das, „was der Gesetzgeber von sich aus fertig zu bringen vermag, noch kein geltendes Recht, nur ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen erwünschten Rechtsordnung sei",[4] liegt darin — zwar noch nicht die Lösung des Dualismus: Entstehung durch Gesetz oder Gewohnheit — aber jedenfalls die Beseitigung der Antinomie der Auffassungen von Rationalismus und historischer Schule über das Verhältnis der beiden Arten; indem nämlich beide Anschauungen verlassen werden. Es ist heute wohl die allgemeine Ansicht, daß jener schicksalsschwere rechtsphilosophische Irrtum der Revolutionszeit[5] nur durch eine nach der anderen Seite abwegige Lehre ersetzt wurde, die, wenn auch weniger folgenschwer,[6] inhaltlich vielleicht noch weniger befriedigend war, indem sie im Gegen-

---

[1] Vgl. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 498, 546 u. a.

[2] Nicht nur das in Widerspruch zu einem das Gewohnheitsrecht verbietenden Rechtssatz Entstandene; so Windscheid-Kipp.

[3] So schon vor diesen Untersuchungen die vorzügliche Schrift von Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen 1872 S. 75. Vgl. auch Schuppe, Das Gewohnheitsrecht S. 129ff.

[4] Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt.

Besser wohl in der Fassung Windscheid-Kipp, Pandekten § 14: „Gesetz ist der Ausspruch des Staats, daß etwas Recht sein soll"; mehr als nur „erwünscht" ist das so Verfügte doch allerdings: wovon noch unten.

[5] Nicht so sehr der naturrechtlichen Schule; „die ungeschichtliche Schule", die annimmt, „das Recht werde in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Recht der vorangegangenen Zeit", (Savigny, Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft) ist in dieser Gestalt doch wohl mehr eine Schöpfung der gegnerischen Polemik.

Es war ja nicht mehr die eigentliche naturrechtliche Schule, sondern die sich daran anknüpfende populäre politische Schriftstellerei, auf deren Lehren das gewaltsame Experiment gemacht wurde. Vgl. De Tocqueville, L'ancien régime et la revolution, Oeuvres complètes S. 216. „Quand on étudie l'histoire de notre révolution, on voit qu'elle a été *menée précisément dans le même esprit qui a fait écrire tant de livres abstraits sur le gouvernement.* Carlyle, The French revolution Bd. 2 Buch V Kap. I „Twelve Hundred human individuals, with the Gospel of Jean-Jacques Rousseau in their pocket, congregating in the name of Twenty-five Millions with full assurance of faith, to *„make the Constitution:"* such sight, the *acme* and main product *of the Eighteenth Century."* Ein bloßes Schulproblem ist die Frage nach der Entstehung von geltendem Recht wahrlich nicht.

[6] Wenn auch seinerzeit aktuell genug, im Kampf gegen Thibaut und gegen die nationale Sehnsucht nach einem einheitlichen Recht.

satz zu jener in sich klaren nur eben der Kompliziertheit der Erscheinungen nicht gerecht werdenden Lehre auch in sich unklar und widerspruchsvoll war.

Wenn, wie der Rechtsphilosoph der historischen Schule sich ausdrückt, dem Rationalismus allgemein die Vorstellung des Entstehens fehlte,[1] so hat jedenfalls „der mystische Spiritualismus der historischen Schule" und ihr berühmter Tropus vom organischen Wachstum eine theoretisch befriedigende Vorstellung von diesem Entstehen nicht geschaffen. Die allgemeinen Verwahrungen aber zugunsten des Anteils menschlicher Tat an der Rechtsentwickelung, welche man in der Folgezeit gelegentlich machte,[2] gaben nicht Anlaß zu dem Unternehmen, eine nähere Vorstellung zu geben von jener merkwürdigen Art des Entstehens und der Veränderung von Erscheinungen, welche zwischen zwei doch an sich unvereinbaren Dingen, freier menschlicher Schöpfung und naturgesetzlichem Geschehen,[3] mitten inne zu stehen scheint.

Aber es ist nicht so sehr dieses rein wissenschaftliche Problem — dessen Lösung meines Erachtens zu suchen ist in der richtigen Unterscheidung von rechtlicher Einzelerscheinung einerseits, welche allemal menschliche Aktion ist, und dem als „Massenwirkung psychischer Kräfte" aus diesen Einzelerscheinungen abstrahierten daher bedingten und abhängigen Allgemeinbegriff oder Rechtssatz andererseits — es ist nicht so sehr, sagen wir, dieses rein theoretische Problem, das uns hier interessiert, von so fundamentaler Wichtigkeit es auch als solches ist.[4]

---

[1] Stahl, Die Philosophie des Rechts Bd. 1, Geschichte der Rechtsphilosophie Buch 3 3. Abschnitt „so betrachten sie alle geschichtlichen Erscheinungen als menschliche Erzeugung. Es fehlt dem ganzen Zeitalter beinah die Vorstellung, wie sich etwas anders habe bilden können, als daß Menschen es wissend und wollend gemacht hätten."

[2] Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 3, 4. Aufl. S. 6. Bekker, Über den Streit der historischen und philosophischen Rechtsschule, Rektorats-Rede, Heidelberg 1886, S. 14. Bekker, Vier Pandektisten S. 140.

[3] Die Behandlung des Problems der Entstehung des Volkslieds hat eine ganz ähnliche Dogmengeschichte, mit ganz entsprechenden Erscheinungen: „Das Volkslied dichtet sich selbst."

[4] Man hat den Begriff der Entwicklung als die eigentliche Errungenschaft der deutschen Geisteswissenschaften im 19. Jahrhundert angesehen (Taine, L'Idéalisme anglais, étude sur Carlyle); deren Aufstieg ja zu einem bedeutsamen Anteil auf Anregungen seitens unserer Wissenschaft zurückgeht; Marburg — Savigny — Grimm. Die Verwertung aber des Entwicklungsbegriffs auf unserem Erscheinungsgebiet ist meines Erachtens erst möglich nach einer Auseinandersetzung in der im Text bezeichneten Richtung; ohne das ist es entweder rein bildlich oder mystisch-vitalistisch, wenn man von Entwicklung spricht bei diesen Erscheinungen, die doch eben nicht Lebensvorgänge eines Organismus sind.

Die theoretische Frage, wie entsteht das geltende Recht, ohne deren befriedigende Beantwortung man freilich Jahrtausende leben konnte, tritt auch in der Gestalt auf: was ist hier als geltendes Recht entstanden, was ist hier geltender Rechtssatz; und in dieser Gestalt heischt sie nun, in dem nach dem 1. Januar 1900 auf dem Gebiet des Privatrechts eingetretenen Rechtszustand, Stellungnahme und eine relative Antwort von jedem Tag und seinem Bedürfnis, ist sie ein dringendstes Problem des praktischen Rechtslebens. Bei der Fülle des in den Pandekten niedergelegten Rechtsstoffs und besonders bei der induktiven immer vom einzelnen ausgehenden Art und Weise seiner Fassung — Gegensatz: umfassende systematisierende Sätze eines Gesetzbuchs — ließ sich die Fiktion von der „logischen Geschlossenheit" des geltenden Rechts noch mit einer gewissen Scheinbarkeit aufrecht erhalten.[1]

Heute wird auch der, der jene Fiktion als Postulat aufrecht erhält, sich der Tatsache nicht verschließen können, daß an einer ganzen Reihe von Stellen, wo das Kodifikationsprinzip reine Tafel gemacht hat, uns doch der Kodex keine den auftretenden Konflikt betreffende Rechtsregel an die Hand gibt. Und die Folge davon ist dann, da eben die Entscheidung immer gefunden werden muß, eine höchst auffallende und, wie mir scheint, in dieser Form neuartige Unsicherheit[2] darüber, ob denn bestimmte Rechtssätze eigentlich als geltendes Recht bei uns anzusehen sind oder nicht.

Im Abschnitt über das internationale Privatrecht bringt Endemann (Einführung in das Studium des B.G.B. § 19) direkt eine Reihe von Sätzen aus dem gemeinen Recht; wenn nun diese hier noch ausdrücklich nur in der Weise gebracht werden, daß sie lediglich eine Unterlage geben sollen für ein zu bildendes gemeines Gewohnheitsrecht, so setzt sich diese Art der Heranziehung gemeinrechtlicher Sätze im neuen Rechtszustand ja allerdings formell noch nicht in Widerspruch mit der herrschenden Lehre von den Rechtsquellen.

---

[1] Weil nämlich diese Rechtsquelle an sich sehr wenig positiv war; vgl. Saleilles, Méthode historique et codification, Vortrag auf dem Historikerkongreß in Rom, 1903, Atti del congresso internationale etc. Vol. IX S. 11: „Or dans l'Allemagne du XIX^e siècle, à ne prendre tout au moins que le droit commun allemand, les sources du droit privé, pour s'en tenir surtout au droit civil, étaient *très peu la loi écrite*, qui n'intervenait que rarement, et très peu également la coutume, qui, quoi qu'on dise, intervenait encore moins. Il restait alors une *source lointaine, plus idéale que positive*, qui était le droit Romain."

[2] Vgl. v. Blume in Iherings Jahrbüchern Bd. 51. Versäumniß des Empfanges von Willenserklärungen, „es ist in neuerer Zeit über die Methode der Gesetzes-Auslegung mancherlei geschrieben worden, Gutes und Mindergutes. Jedenfalls noch lange nicht genug. Daß wir uns über die Stellung des Richters zum Gesetz und über die Handhabung des Gesetzes endlich einmal klar werden müssen ..."

Aber etwas ganz anderes ist es schon, wenn man, wie z. B. OERTMANN (Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, Berlin 1901) gemeinrechtliche Sätze unter Berufung auf ihren wissenschaftlichen Wert heranzieht. Es fragt sich, wie das angeht. Die historische Schule hat ja allerdings wohl von einem Recht der Wissenschaft und sogar direkt von der Wissenschaft der Jurisprudenz als einer dritten Rechtsquelle gesprochen (PUCHTA, Institutionen Bd. 1 § 15), aber offiziell doch eben nur als eines Mittels der Auslegung des überlieferten Rechts,[1] wobei von SAVIGNYS vier Arten der Auslegung nur die von ihm sogenannte systematische als eine solche Quelle partiell neuen Rechtsstoffs in Betracht käme. So eng, als bloße Auslegung, kann das aber an der betreffenden Stelle bei OERTMANN nicht gemeint sein. Und sicherlich ist es eine Berufung auf autoritative Geltung des Satzes, und nicht nur auf seinen wissenschaftlichen Wert, wenn STAMMLER[2] die Kritik oder Ablehnung eines Satzes der Digesten für das heutige Recht (in meinen Bereicherungsansprüchen etc.) als ein Verfahren bezeichnet, durch das man sich in unmittelbaren Gegensatz zu den Quellen setze. So drängt sich heute die Frage, „ob mit unserer bisherigen Theorie von den Rechtsquellen auszukommen ist" (BIERMANN) in ganz anderer Weise auf als im bisherigen Rechtszustand. Wenn heute in Untersuchungen über Einzelheiten unseres positiven Rechts einfach die Forderung sich findet, daß „schließlich die Entscheidung gefällt werden muß nach der Praktikabilität der Resultate",[3] wenn die „logische Ausbeutung" der positiven Bestimmung gegenüber solchen Erwägungen in einer Weise zurücktritt, wie das z. B. der Fall war bei den Verhandlungen des Innsbrucker Juristentages über den Differenzanspruch beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages, so bedeutet das vielleicht nicht so sehr eine Änderung des tatsächlichen Verhaltens zu den Quellen gegenüber den bisherigen Verfahren. Aber es ist damit etwas offen hervorgetreten, das bisher

[1] Bei einer ganzen Reihe von Rechtssätzen des gemeinen Rechts, in der Irrtumslehre, in internationalem Privatrecht, wäre freilich, wenn man nach dem Zeitpunkt ihres Positivitätserlangens im Sinne BERGBOHMS forschen wollte, doch tatsächlich nur ihre wissenschaftliche Aufstellung durch SAVIGNY zu nennen; wovon noch unten.

[2] Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem B.G.B., Hallesche Festgabe für Fitting, Halle a./S. 1903, S. 15: „Ulpianus sagt: Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere (D. XII 4, 1, 1). Der Verfasser hält das in dieser allgemeinen Aussprache für nicht richtig. Aber es ist nun einmal Satz des römischen Rechtes; und da das geltende Recht das letztere hier grundsätzlich hat aufnehmen wollen, so ist es auch als Regel unserer Rechtsordnung anzunehmen."

[3] M. RÜMELIN, Das Handeln in fremdem Namen im B.G.B., im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93, Neue Folge Bd. 43 1902 S. 241.

durch vielfache Verfolgungen gezwungen war, ein latitierendes Dasein zu führen. Es ist nichts anderes, als das alte Problem des Naturrechts, oder besser, im Anschluß an den Ausgangspunkt dieser Ausführungen (§ 2 E.G. B.G.B.) und ganz ohne Vorannahme — welche ja in dem „natürlich" liegt — das Problem der Existenz von geltendem Recht außer dem in Gesetz und Gewohnheit überlieferten; wir dürfen nun für unsern Rechtszustand einfach sagen, außer den im Gesetz enthaltenen Rechtssätzen.

„Reden wir doch einmal ganz offen untereinander," ruft Otto Bähr in einer Polemik mit Windscheid diesem zu:[1] „Die Lehre Iherings über culpa in contrahendo und die Leistung des negativen Vertragsinteresse ist ja nicht den römischen Rechtsquellen entnommen. Sie ist von Ihering aufgestellt, um einem praktischen Bedürfnis zu genügen . . . . . Wer der Iheringschen Lehre sich anschließt, der hat wahrlich keinen Grund als ein quellengetreuer Mann mit Stolz zu sagen (wie Windscheid Bähr gegenüber tat): ich fürchte, Rechtsgefühl und das Gefühl praktischer Gerechtigkeit sind für die positive Geltung eines Rechtssatzes sehr ungenügende Grundlagen."

Ja, ist aber denn nicht dieser Einwand Windscheids, mag er hier auch angebrachterweise wie unter Auguren erledigt werden, an sich unbestreitbar richtig? Daß ein Satz, weil er zweckmäßig ist, oder richtiger, weil er von diesem oder einigen oder auch vielen Angehörigen eines bestimmten Rechtskreises als passend empfunden wird, um deswillen noch nicht geltendes Recht dieses Kreises ist, das ist doch nun wirklich ganz unzweifelhaft. Und ich glaube, man setzt sich in diesem Fall nicht dem allerdings sonst bei dem Auftreten derartiger Ausdrücke in wissenschaftlichen Erörterungen manchmal begründeten Verdacht aus, daß man solche Bestärkungen, wie unzweifelhaft, offenbar usw. eben dann anwende, wenn man um bessere Gründe verlegen ist.

Oskar Bülow hat in seinem Gesetz- und Richteramt im Anschluß an Ihering auf die große theoretische Bedeutung einer richtigen Auseinanderhaltung von Rechtssatz und Individualgebot hingewiesen; geltender Rechtssatz einerseits und zweckmäßiger Rechtssatz andererseits sind etwas durchaus Verschiedenes und keine Brücke führt von diesem zu jenem. Aber ganz anders ist das Verhältnis von Rechtssatz d. h. der Aussage darüber, daß ein allgemein charakterisierter Tatbestand eine bestimmte rechtliche Folge habe, und Rechtsbefehl, d. h. der Aussage darüber, daß das oder das in concreto Rechtens ist; bei welcher Aussage oder logischem Urteil,

[1] Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München-Leipzig 1883, S. 13.

dem ein Imperativ hinzugefügt sein kann (vgl. unten), nicht nur an das vom Richter ausgehende Urteil zu denken ist, sondern vor allem auf die glücklicherweise im Verkehr ja viel zahlreicheren Fälle, wo der Verpflichtete selber dieses Urteil fällt, indem er dem Recht genügt.[1]

Dieses logische Einzelurteil ist nun darauf zu untersuchen, welcher Art seine Bestimmungsgründe sind; in ihm liegt meines Erachtens die Verbindung zwischen dem „positiven" und jenem anderen Recht; liegt der Weg zu einem einheitlichen, „monistischen", Begriff vom geltenden Recht.[2]

In seinem zu einer gewissen Berühmtheit gelangten Vortrag aus dem Jahre 1848 „Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als

---

[1] Da rechtliche, moralische, Anstands-Pflicht idealiter konkurrieren können, kann es freilich zweifelhaft sein, ob der freiwillig Zahlende gerade auf Grund eines rechtlichen Urteils gehandelt hat; doch wird die Unterscheidung prinzipiell immer möglich sein. Zahlt jemand etwa heute den Ehemäklerlohn, weil er das Sichberufen auf die mangelnde Klagbarkeit für unanständig hält oder weil er die Nachrede darüber fürchtet, so ist es eben nicht eine Rechtspflicht, der er genügt.

Ehrlich wirft einmal, Soziologie und Jurisprudenz, Zukunft, Jahrg. XIV S. 232, die Frage auf, ob denn in gewissen rumänisch bevölkerten Gegenden, wo eine sehr scharfe patria potestas und Unselbständigkeit der Haussöhne bestehe und wo z. B. allgemein der Arbeitslohn für die nach dem österreichischen Gesetz längst mündigen Haussöhne an den Vater gezahlt werde und die Haussöhne sich das stets gefallen ließen, der österreichische Mündigkeitstermin wirklich geltendes Recht sei. Ich glaube, man wird die Verschiedenheit der moralischen oder Anstandspflicht von der rechtlichen auch da, wo man sich über die eventuelle Gerichtshilfe gänzlich im unklaren ist, doch insofern deutlich empfinden, als man bei Pflichten der ersten Art zwar auch unter einem Zwang, vielleicht unter einem sehr starken gesellschaftlichen Zwang handelt, aber eben nicht unter dem Zwang der Vorstellung, daß das Gegenüber jenes Verhalten verlangen kann, daß im andern Falle das Gegenüber unter Zustimmung der Gemeinschaft als auf eine Verletzung gegen unser Verhalten reagieren dürfe. Haben die rumänischen Haussöhne diese Vorstellung, daß ihr Andershandeln eine Verletzung des Vaters bedeuten würde, die dieser nicht zu dulden brauche, so gehorchen sie allerdings mit ihrem Verhalten ihren Rechtsbegriffen; aber es liegt dann eben der häufige Fall subjektiv irriger Vorstellungen über das geltende Recht vor. Wo der Staat die Zwangsreaktion dem Verletzten beziehentlich seiner Sippe aus der Hand genommen und im Monopol hat, entscheidet seine Ansicht; meines Erachtens ist also doch das österreichische Familienrecht dort geltendes Recht und nicht das rumänisch-altrömische.

Vgl. übrigens noch weiter unten.

So auch Stintzing, Von der Entstehung des Rechts, 1863; ich entnehme das Zitat Zitelmann; diejenige rechtliche Ansicht des Volkes wird Recht, „der die Genossenschaft oder das Gericht von ihr erfüllt seine Hilfe verheißt und gewährt."

[2] Wie in der richtigen Erkenntnis des Verhältnisses von rechtlicher Einzelerscheinung und rechtlicher Verallgemeinerung oder Rechtssatz der Weg zu einer rationellen Vorstellung von Entwicklung in rechtlichen Erscheinungen, vgl. oben Anm. 4. S. 7.

Wissenschaft" hat v. KIRCHMANN[1] wohl zuerst in dieser Schärfe darauf hingewiesen, daß sehr häufig die langatmige, verwickelte, mit erheblichem Aufwand von Scharfsinn und Kenntnissen zustande gekommene logische Schlußfolgerung aus der Gesetzesstelle, womit ein Urteil zu einem bestimmten Ergebnis gelangt, insofern nur Schein ist, als tatsächlich die Rücksicht auf ein erstrebtes praktisches Ergebnis in der Seele des Richters jenes Urteil erzeugte, was v. KIRCHMANN sehr anschaulich damit erläutert, daß er zwei aufeinanderfolgende Plenarbeschlüsse des geheimen Obertribunals nebeneinanderstellt, die auf Grund derselben einfachen Gesetzesstelle im einen Fall zur Formfreiheit, im andern zur Formalisierung einer Verfügung gelangen und die nun einen großen Aufwand von Auseinandersetzungen brauchen, um diese beiden entgegengesetzten Ergebnisse aus derselben Gesetzesstelle herzuleiten.

Sehr viele Richtersprüche sind nicht logische Folgerungen aus dem überlieferten Rechtssatz, als welche sich alle formell geben, sondern sind nach GUSTAV RÜMELINS berühmter Formulierung: Werturteile und Willensentscheidungen.

Das Wesen dieser Entscheidungen, bei der das zeitliche und kausale Verhältnis des Erkenntnisses zu seinen Gründen sich umkehrt,[2] besteht nun nicht darin, daß wirklich eine ratio sufficiens agendi, ein motivbestimmter Willensakt, vierte Form des Satzes vom zureichenden Grunde, vorliegt; sondern es liegt auch bei solchen Urteilen eine Funktion des Erkennens und nicht eine Funktion des Willens vor. Der Richter gibt das Urteil ab, daß das und das seiner Meinung nach hier Rechtens sei, und das hält er für wahr, d. h. er hat eine ratio sufficiens cognoscendi (zweite Form des Satzes vom

[1] Meines Erachtens sollte man gegenüber den Schwestern der universitas litterarum — als Jurist sollten wir freilich auch diese Verwendung unseres technischen Ausdrucks als bonmot vermeiden — ruhig zugeben, daß unsere Hantierung keine reine Wissenschaft ist, sondern daß sie einen praktischen Zweck erfüllen soll und dem Leben zu dienen hat. Das mag dem Famulus Wagner banausisch klingen, dem das Pergament der heilige Bronnen ist usw. usw.; dem sterbenden Faust ist es der Weisheit letzter Schluß, daß das Wirken mehr ist als das Wissen. Pardon; aber warum soll man nicht auch einmal das Maul vollnehmen dürfen.

[2] R. MERKEL, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen S. 63: „Offenbar ist hier jedermann mit der Entscheidung fertig, ehe er eine positiv rechtliche Begründung dafür hat. Diese wird nachträglich gesucht und dann auch irgendwie zur Befriedigung des Suchenden gefunden."

GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit civil positif S. 489: Je fais appel à l'expérience de tous ceux, qui ont réfléchi aux problèmes du droit positif, pour affirmer que, dans nombres de ces problèmes, la solution juste est acquise par *sentiment instinctif* plus que par raisonnement.

zureichenden Grunde, SCHOPENHAUER) dafür;[1] er gibt nur bei Entscheidungen der oben gekennzeichneten Art einen anderen Erkennensgrund an als den, der ihn wirklich bestimmt hat; er wird, um ein oft gebrauchtes Beispiel zu nennen, tatsächlich zu dem Urteil, daß die Schadensersatzpflicht der Bahn hier Rechtens sei, durch die Erwägung bestimmt, daß der durch die fliegenden Funken abgebrannte Bauer unbedingt einen Ersatz haben muß; in der Begründung des Urteils aber gibt er an, er sei zur Bejahung der Schadensersatzpflicht bestimmt worden durch das caput tertium der lex Aquilia verbunden mit der Erwägung, daß „der Betrieb einer Eisenbahn immer eine Fahrlässigkeit bedeute"; was der Richter gewiß nicht so töricht war, wirklich zu denken, und wodurch er eben nur ein für die Bejahung der Schadensersatzpflicht in seinem Tatbestand fehlendes Moment hinzufingierte.

Sind nun Erkennensgründe dieser Art — deren regelmäßige mehr oder minder sorgfältige Verschleierung uns nicht mehr über ihr Vorhandensein täuscht — zulässig in einem richterlichen Urteil, d. h. in einer Aussage darüber, was nach dem geltenden Recht im vorliegenden Einzelfall Rechtens ist.[2]

---

[1] Der Richter, sofern er nicht gerade bestochen ist oder sonst sich bewußtermaßen über seine Rechtsüberzeugung hinwegsetzt, folgt doch immer einer Erkenntnis; die vielleicht mehr intuitiv geschöpft ist, als aus Begriffen stammt; aber es ist doch immer die Überzeugung von der Richtigkeit dieser Entscheidung, was ihn diese wollen läßt. Daß BARTOLUS erst die Entscheidungen gemacht habe und sich dann von seinem Freunde TIGRINIUS die dazu passenden Corpus-Juris-Stellen habe nachweisen lassen, ist freilich in gewissem Sinne auch ein Beleg für den Primat des Willens im SCHOPENHAUERschen Sinn, wie GNAEUS FLAVIUS, Der Kampf um die Rechtswissenschaft S. 21, will; aber in dem Sinne, daß der Wille, eine Tendenz, der Erkenntnis den Weg zeigt. Der Richter, der aus seinem Rechtsinstinkt heraus in bestimmter Richtung entscheidet, der Rechtsgenosse, der einem andern gegenüber in einer bestimmten Weise handeln zu müssen glaubt, fällen eben doch Urteile, wenn auch dabei die ratio sufficiens cognoscendi nicht aus erkenntnismäßig fixierten Begriffen geschöpft wird.

Ich setze mich übrigens hiermit auch in Widerspruch zu früher ausgesprochenen Meinungen.

Ist nicht „voluntaristische Wissenschaft" (GNAEUS FLAVIUS) überhaupt eine contradictio in adjecto. Freilich will ja wohl im Grunde nichts anderes damit gesagt sein als was man neuerdings häufig so formuliert hat, daß die Jurisprudenz keine reine Wissenschaft sondern eine Kunst sei, vgl. ZITELMANN, RÜMELIN u. a.

[2] „Das Urteil ist das Ergebnis der Anwendung der maßgebenden Rechtsnormen auf den konkreten Tatbestand. Der Richter ist prinzipiell nicht zur Rechtsschöpfung sondern zur Rechtsanwendung berufen; er ist an die Gesetze gebunden, G.V.G. § 1" WEISMANN, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 296.

Dagegen läßt sich an sich gewiß nichts einwenden. Aber die Schwierigkeiten, die ja auch mehr in das Gebiet des materiellen Rechts gehören, werden nur gestreift.

Man pflegt in solchen Fällen zu sprechen von Zweckmäßigkeitserwägungen, von Begründung der Entscheidungsrichtung aus der Natur der Sache, aus der „Interessengrundlage", aus dem Bedürfnis des Verkehrs usw. Dabei kann man nun allerdings nicht stehen bleiben, wenn man sich eine prinzipiellere Rechenschaft zu geben versucht von dem richterlichen Verfahren in diesen Fällen. Wenn wir ein Verfahren als zweckmäßig bezeichnen, so setzen wir voraus einen bestimmten Zweck, zu dessen Erreichung nämlich die gewählten Mittel gemäß, angemessen usw. sind. Wenn wir sagen, diese Regelung oder diese Entscheidung entspricht dem Bedürfnis des Verkehrs, so denken wir dabei doch offenbar an bestimmte Bedürfnisse, und wir werden jene Bezeichnung nicht etwa einem Schuldrecht geben, das dem Bedürfnis des Wucherers vorzüglich entspricht; wir werden bei der Ermittelung der Interessengrundlage einer Verkehrserscheinung nicht die Interessen der Spitzbuben im Auge haben. Mit andern Worten, es ist immer ein bestimmt gearteter, und zwar ein, gewisse moralische Unterscheidungen, um es ganz allgemein auszudrücken, immer schon voraussetzender, Zweck der uns dabei vorschwebt. Es ist wie uns Stammler gegenüber der materialistischen Auffassung gelehrt hat, nicht eine reale, etwa technische Natur der Sache, mit der wir in solchen Fällen operieren, sondern allemal eine bestimmte rechtliche Auffassung,[1] die uns als die natürliche angemessene usw. erscheint. Wenn man (Ihering) also gesagt hat, der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts, so sagt das nichts über den Inhalt des Rechts aus, sondern betont nur, daß das Recht Menschenwerk ist, was wohl gegenüber einer falschen Lehrmeinung einmal betont

„Prinzipiell"; also Ausnahmen gibt es? „An die Gesetze"; darunter ist aber zu verstehen jede Rechtsnorm; was ist das?

Etwas weiter unten heißt es: „... vollzieht er nicht bloß eine formal logische Operation, sondern fällt Werturteile ... entscheidet auf Grund eigener, freier Abschätzungen und Abwägungen widerstreitender Interessen." Das klingt nun schon nach extremen Formulierungen, mindestens aber an die von Stampe; dann aber heißt es, jedoch auch da muß er bemüht sein, nicht „nach subjektiven Eindrücken sondern nach Grundsätzen zu urteilen, die dem Gemeinbewußtsein entsprechen ..." „die Frage, ob sich dafür eine allgemeine Methode des ‚richtigen Rechts' aufstellen lasse, muß hier unerörtert bleiben."

Gaupp-Stein, Civil-Prozeßordnung, Vorbemerkung zu § 300: „Die Entscheidung, das ist die rechtliche und tatsächliche Würdigung des Prozeßstoffs zum Zwecke des Ausspruchs, was in prozessualer oder materieller Beziehung Rechtens sein soll."

[1] Stammler, Wirtschaft und Recht § 37. Vgl. noch Dühring, Kritische Grundlegung der Volkswirtschaftslehre S. 316: „Die konkreten Satzungen des Verkehrs müssen wenigstens in psychologischer Form gegeben sein, ehe sich irgend etwas über Recht und Unrecht entscheiden läßt ... Auch die Sozialisten begehen einen ähnlichen Irrtum ..." Vgl. auch Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif; S. 479, letzter Absatz.

werden mußte,[1] was aber uns heute doch ziemlich selbstverständlich scheint und was auch tatsächlich selbst zur Zeit der dogmatischen Herrschaft jener Lehrmeinung im lebendigen Rechtsleben nicht verkannt werden konnte und nicht verkannt wurde.

Ein Inhaltliches ist es aber stets, das der Richter bei jener den logischen Grund seines Einzelurteils bildenden Zweckmäßigkeitserwägung im Auge hat; und es erhebt sich sofort die Frage, was für ein, ein wie gearteter Zweck ist es denn, dem jene Entscheidung, dem dieser Rechtssatz „gemäß" ist.

STAMMLER hat in seiner Lehre vom sozialen Ideal einen obersten Maßstab aufgestellt für jene, wie die historische Betrachtung gelehrt hat, stets wechselnden Inhalte. Ist ein oberster Zweck der Rechtsordnung, mit bestimmten Folgerungen, den Grundsätzen des Achtens, des Teilnehmens usw. feststellbar, so wird mindestens für die Zeit einer ausgebildeten und herrschenden Lehre vom „richtigen Recht" über jene Zweckmäßigkeitserwägungen inhaltlich etwas Näheres ausgesagt werden können.

Wir können für die vorliegenden Untersuchungen eine Auseinandersetzung über diese letzten Fragen vermeiden; sofern man sich nur bewußt bleibt, daß es freilich immer ein partieller Verzicht auf eine Erklärung ist, wenn man in einer wissenschaftlichen Untersuchung mit einem gefühlsmäßigen, instinktiven usw. Moment arbeitet oder etwas damit zu erklären sucht, wie das im folgenden geschieht. Und es wird einem dann, wenn man eine solche Unterlage offen ein-

[1] Gegenüber der, wie man mit Recht betont hat, in diesem Punkt der materialistischen Auffassung im Ergebnis sehr nahe kommenden historischen Doktrin. Darum scheint es mir doch ungerecht, wie KOHLER, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. der HOLTZENDORFFschen, S. 14, IHERINGS Zweck im Recht behandelt. Gewiß kann im einzelnen viel, sehr viel, mit Grund eingewendet werden; aber war nicht allein schon die Fanfare des Titels eine Tat; gegenüber Naturrechtsrückständen, wie Willensdogma usw., gegenüber dem „für die Naturrechtler typischen" (LIEPMANN, Die Rechtsphilosophie des J. J. ROUSSEAU S. 52), aber von der historischen Schule praktisch noch viel strenger festgehaltenen Satz: „daß sich alle Dinge der Welt nach einem Prinzip richten, das ihrem Ursprung konform ist;" gegenüber der Alleinherrschaft historisch-genetischer Betrachtungsweisen. Man kann die Rechtsordnung nur in historischer Betrachtung verstehen; freilich, weil sie immer vieles enthält, dessen lebendiger Zweck aus der Gegenwart nicht mehr anschaulich zu machen ist; dann aber auch — und das ist das Tiefergehende — weil die „isolierte Vernunft" der Einzelnen und der bestimmten Zeitstufe die langfristigen Entwicklungstendenzen, bei denen vielfach „erst die Frucht aufklärt, worauf es im Keime abgesehen war" (STAHL), nicht übersehen kann und die Vernunft der Dinge respektieren soll, die sich im Entstandenen und Wachsenden offenbart. Wenn aber ein Rechtssatz wirklich nur noch historisch zu verstehen ist, dann ist er im Rechtsleben schon ein rudimentärer Teil, wie das Steißbein im menschlichen Skelett und als funktionierendes Organ eben nicht mehr zu verstehen.

gesteht, der Vorwurf unsoliden Aufbauens begründeterweise nicht treffen. Denn auch bevor der Dinge letztes Wesen erkannt ist, müssen wir leben, d. h. muß der Richter und der Gesetzgeber handeln und wir ihnen dabei, von der theoretischen Betrachtung her, als Generalstäbler den Tatmännern, zu helfen versuchen. Und es hat auch wohl noch einen tieferen Grund, daß man sich in diesen letzten Dingen mit einem mehr Gefühlten als Erkannten immer begnügt hat; einen tieferen Grund neben jenem der äußeren Not des täglichen Bedürfnisses, die dazu zwang.

Wilhelm Wundt hat es als eine konstante Form der Entwickelung ethischer Erscheinungen bezeichnet, daß das Sittliche weit eher in der Form sittlicher Tatsachen auftritt, als es in die Sphäre sittlicher Anschauungen erhoben wird; in etwas allgemeinerer Aussprache nennt er das das Gesetz der Heterogonie der Zwecke, daß die erreichten sittlichen Zwecke immer mehr oder weniger weit über die ursprünglichen Motive hinausreichen. Man kann dabei auch an Schopenhauersche Grundauffassungen denken.[1] Von Rechtstakt,

[1] Wird uns, die wir in die Kette der Entwicklung eingegliedert sind, denn dieses am Ende der Dinge stehende soziale Ideal jemals so erkennbar sein, daß uns ein wissenschaftliches Urteil nach Begriffen, die aus ihm abstrahiert sind, möglich wird. Wenn jenes Gesetz wirklich besteht und die ethischen Begriffe immer erst das Hervorgebrachte und Ergebnis ethischer Handlungen sind, also diese in ihren zunächst bloß gefühlten, noch nicht erkannten Zielpunkten den Begriffen immer vorauf sind, wird der Maßstab des richtigen Rechts niemals in logischer Form zur Verfügung stehen; weil in der Jurisprudenz „das Gefühl des Richtigen der Erkenntnis regelmäßig weit voraus ist"; Ihering, Geist des römischen Rechts 2. Teil II 4. Aufl. S. 353.

Vgl. Staffel, Über Stammlers Lehre vom richtigen Recht, in Iherings Jahrbüchern 50. Bd., 2. Folge 14. Bd. S. 320, S. 323 am Ende. Sind jene Aufstellungen, die Idee der Gemeinschaft freiwollender Menschen, die Grundsätze des Achtens, des Teilnehmens wirklich nur formale Prinzipien; wenn nicht, wären sie Naturrecht im alten Sinne. Was mich in jenem Zweifel bestärkt, ist der Umstand, daß meines Erachtens jene Prinzipien gewisse historische Erscheinungen nicht als Recht aufzufassen vermögen, deren generelle Bezeichnung als nicht richtiges, ungerechtes etc. Recht andererseits ganz gewiß falsch, naturrechtlich im alten Sinn, wäre. Treitschke sagt irgendwo, die Einführung der Sklaverei sei ein Kulturfortschritt gewesen; nämlich als sie an die Stelle der Tötung aller Angehörigen des besiegten Stammes trat. Und wenn schon Aristoteles in der berühmten Stelle der Politik (Susemihl, 1, 2 § 3 S. 90) die Sklaverei als rein positiv und dem natürlichen Recht widersprechend, παρὰ φύσιν οὐδὲ δίκαιον, empfindet, so ist Voraussetzung dieses Urteils über „richtiges Recht" — beziehentlich, um das hier aus den nächstfolgenden Ausführungen vorwegzunehmen, über das, was Verletzung ist, was ein Gegenüber an Rücksichtnahme verlangen kann — eine Wertung des Individuums und der individuellen Freiheit, welche eben nicht vorhanden ist auf Kulturstufen, auf denen man das Leben des besiegten Feindes als verwirkt ansieht. Erst der Umstand, daß das Institut beibehalten wird zu einer Zeit, die jene Auffassung längst nicht mehr hatte, gibt ihm jenen Charakter des Unnatürlichen, der Gerechtigkeit Widersprechenden.

Rechtsgefühl hat man immer da gesprochen, wo bei der einzelnen zu treffenden Entscheidung das rein logische Ermitteln zu versagen begann. Aber auch prinzipiellere Untersuchungen haben häufig dahin geführt, daß man sich an einen gewissen Punkt mit dem Hinweis auf unerklärte psychologische Grundlagen begnügte. Lagen der historischen Schule Elemente des Denkens wie Volksüberzeugung, Volksseele nach ihrer ganzen antirationalistischen und romantisierenden Grundstimmung an sich nahe, so führt doch auch und gerade die begründete Kritik ihrer Rechtsquellenlehre zu ähnlichen Elementen zurück. Vor allem die Erkenntnis, daß gerade bei organischer Rechtsentstehung — im Gegensatz zur „nicht organischen" durch Gesetz (Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht Bd. I) — sich jener bestimmte historische Zeitpunkt des Positivitäterlangens, der zur Geltung eines Rechtssatzes erforderlich sein soll, eben nicht nachweisen läßt.

Die Beobachtung des unvermittelten Auftretens inhaltlich neuer Einzelbefehle hat Thöl zu der Aufstellung geführt, daß ein auch nur in einem einzigen Urteil angewendeter Rechtssatz damit geltender Rechtssatz geworden sei. Von der nämlichen Beobachtung her kommt Sturm[1] dazu, „das Rechtsgefühl als die empirische Grundlage des Rechts" in den Mittelpunkt seiner Theorie zu stellen, das „psychologisch plötzlich", „unbegründbar" „ohne einen andern als einen gegebenen rechtspsychologischen Grund" in einem bestimmten Kreis entstehende „Gefühl, daß das Getane recht ist".

Ich weise hier auf diese Aufstellungen nur insoweit hin, als ich eben auch für diese Untersuchung eine derartige oder ähnliche Voraussetzung einfach setze. Bei dem folgenden Versuch, den Inhalt jener in so vielen Fällen für das Urteil Rechtens maßgebenden Zweckmäßigkeitserwägungen durch eine schärfere Grenzbestimmung nach einer Seite hin etwas näher zu bestimmen – nämlich durch eine mir möglich scheinende begriffliche Festlegung des rechtlichen Urteils gegenüber dem allgemein ethischen, welche hier vielfach durcheinandergehen – bei diesem Versuch sagen wir, wird die Tatsache, daß wir zwischen recht und unrecht, moralisch und unmoralisch, gefühlsmäßig unterscheiden, einfach als gegeben angenommen; als eine vielleicht einer eigentlichen Erklärung noch ermangelnde vielleicht auch einer letzten begrifflichen Auflösung unzugängliche, jedenfalls aber der Erörterung ihrer Realität nicht weiter bedürfende Erscheinung.

---

[1] Sturm, Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht, Leipzig 1900, vgl. S. 3, 8, 10, 202.

Was Sturm S. 203 mir gegenüber rügt, daß man mit der von mir in der Gießener Festgabe für Dernburg, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, versuchten Formel über bloße Gewohnheit und Gewohnheitszwang nicht herauskomme, ist begründet; eine Korrektur wird mit den folgenden Ausführungen versucht.

Daß an uns Juristen das Recht regelmäßig erst in der Negation, als Verletzung, herantritt, ist bekannt; als Verletzung, was nicht dasselbe ist wie: im Fall des eingetretenen Konflikts, in welchem der Jurist allerdings meist erst gerufen wird, in dessen Lösung allein aber sich glücklicherweise seine Tätigkeit nicht erschöpft. Sondern wo immer wir ein Verhältnis, auch bei der Beobachtung der Norm durch die Beteiligten, juristisch betrachten, wird uns das dem Recht Gemäße durch sein Gegenteil anschaulich.[1] „Der Begriff des Unrechts", sagt Schopenhauer,[2] „ist der ursprüngliche und positive, der ihm entgegengesetzte des Rechts ist der abgeleitete und negative", welcher „bloß die Handlungen bezeichnet, welche man ausüben kann ohne andere zu verletzen d. h. ohne unrecht zu tun". (Grundlage der Moral, Brockhaus S. 217.) Man hat immer empfunden, daß der äußere Zwang ein wesentliches Begriffsmerkmal der rechtlichen gegenüber allgemein ethischen Normen bilde. Aber man hatte bei der Fassung zu ausschließlich die Zustände des entwickelten Rechtsstaats vor Augen und dadurch wurde die ganze Begriffsbestimmung zu eng. Nicht in dem staatlichen Erzwungenwerden jener Normen erst ist dieses Moment gegeben sondern in dem Anspruch des Gegenübers auf ein bestimmtes Verhalten. Man konnte niemals die zentrale Stellung ganz verkennen, die hier, der Pflicht gegenüber, die das Sittengesetz allein kennt, beim Rechtsgesetz deren Korrelat, das Recht auf die Pflichtbefolgung, einnimmt.[3] Moralische und rechtliche Pflichten treffen bekanntlich vielfach inhaltlich zusammen; ein bestimmtes Verhalten ist dann Rechtspflicht, wenn ein anderer es verlangen kann, wenn er einen Anspruch hat auf die Befolgung der Pflicht; wenn dieser andere das Zuwiderhandeln des Gegenübers gegen die Pflicht, sein Unterlassen oder Handeln, sich nicht gefallen zu lassen braucht, sondern in diesem Fall eine Zwangsreaktion eintreten zu lassen be-

[1] Wenn unser Gesetzbuch im § 903 das Recht des Eigentümers dahin bestimmt, daß er mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von ihrer Einwirkung ausschließen könnte, so ist nur der letzte Teil dieser Begriffsbestimmung juristischer Art; der erstere knüpft an an das Genußobjekt, an das substantielle Moment, und enthält keine Aussage darüber, was einer vom andern verlangen kann.

[2] Welt als Wille usw. Bd. 1 Brockhaussche Ausgabe S. 400.

[3] Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 1 § 37 Anm. 4 „ich sehe den Gegensatz zwischen dem Rechtsgesetz und dem Sittengesetz darin, daß die Gebote des Sittengesetzes Gebote schlechthin sind, die Gebote des Rechtsgesetzes Gebote um eines Andern Willen, ... bei dem Sittengesetz ist nichts da, als die Pflicht; bei dem Rechtsgesetz ist die Pflicht da kraft des gewährten Rechts ... das Sittengesetz setzt Pflichten, das Rechtsgesetz verleiht Rechte." — Knapp, System der Rechtsphilosophie S. 189: „... das Recht aber, da sein zwangsweiser Vollzug wesentlich transitiv d. h. immer von einem Subjekt gegen das andere geschieht, sich also zu den zwingenden Gewissensaffekten wie ein Zwiegespräch zum Selbstgespräch verhält."

fugt ist; was in entwickelten Verhältnissen heißt, daß staatlicher Erfüllungs-, Ersatz- oder Strafzwang auf Anrufen eintritt, und was auf dieser Entwickelungsstufe nur noch ganz ausnahmsweise die ursprüngliche Bedeutung hat; nämlich daß er, der Berechtigte, wenn er nun seinerseits Gewalt anwendet, um den Gegner zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten, damit eine Verletzung nicht begeht.[1] Ob der Ver-

[1] SCHOPENHAUER a. a. O.: „Der Begriff des Rechts, als der Negation des Unrechts, hat aber seine hauptsächliche Anwendung und ohne Zweifel auch seine erste Entstehung gefunden in den Fällen, wo versuchtes Unrecht durch Gewalt abgewehrt wird, welche Abwehrung nicht selbst wieder Unrecht sein kann."

Im deutschen Recht greift bekanntlich in Fällen, wo wir heute staatlichen Strafzwang eintreten lassen, die Gesetzgebung zunächst so ein, daß sie bestimmte Leistungen festsetzt, gegen welche der Verletzte auf seine Zwangsreaktion gegenüber dem Verletzer verzichten muß. Wenn das MONTESQUIEU zu der Bemerkung veranlaßt: De L'esprit de Loix, Buch 30 Kap. 20, que chez les Germains, à la différence de tous le autres peuples, la justice le rendoit pour protéger le criminel contre celui qu'il avait offensé," so trifft darauf noch nicht einmal so sehr jene freilich sonst sehr häufig zutreffende Beobachtung ROBERT v. MOHLS (Enzyklopädie der Staatswissenschaften S. 557) zu, daß MONTESQUIEUS Bemerkungen vielfach „mehr auf Glanz als auf ruhige Wahrheit der Grundlage" berechnet seien. Es sei dazu eine kleine Abschweifung gestattet. Die großen Meinungsgegensätze, die nun bei den Arbeiten zur Reform des Deutschen Strafrechts hervortreten, dürften auf tieferen und prinzipielleren Gründen beruhen, als es scheint und als es im allgemeinen zugegeben wird. Muß nicht gegenüber allzu individualistischen Erwägungen aus der Seele des Verletzers heraus die ursprüngliche Aufgabe der staatlichen Strafe wieder oder mindestens auch zu einem entsprechenden Ausdruck kommen, nämlich ihre Aufgabe, den Rechtsfrieden dadurch zu sichern, daß sie dem Verletzten als eine Reaktion auf die Verletzung erscheint, bei der er sich beruhigt. Jedenfalls scheint mir dieser Gesichtspunkt für manche positiv-historische Erscheinung bezüglich der Proportionalität von Verbrechen und Strafe eine einleuchtende Erklärung zu geben. Dieser Gesichtspunkt scheint anzuklingen in: Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe, bei BIRKMEYER S. 4; bei LIPPS S. 49 oben, S. 64.

Dahin gehört auch die Erscheinung des Duells; daß gerade Kreise, deren ethisches und rechtliches Unterscheidungsvermögen jedenfalls nicht ein geringer entwickeltes ist als das anderer Bevölkerungsklassen, in gewissen Fällen auf die persönliche Reaktion gegen die Verletzung nicht verzichten wollen; weil die vom Staat gegen den Verletzer verhängte Geldstrafe oder kleine Gefängnisstrafe nach dem Empfinden des Verletzten keine ausreichende Unterlage zu einem componere bildet. Und die richtige Proportionalität wird für gewisse Arten von Verletzungen auch niemals zu erreichen sein, weil dieselbe äußere Handlung an der verschieden gearteten Psyche des Verletzten, also in einer objektiver Feststellung sich entziehenden Wirkung, erst ihren Charakter und ihren Umfang als Verletzung erhält. Die Reaktion etwa auf einen Einbruch in die Familie wird in den Augen desjenigen, der dadurch sein Leben vernichtet fühlt, notwendig gänzlich anders ausfallen müssen als etwa bei dem, der auf dem Standpunkt gegenseitiger völliger Bewegungsfreiheit der Ehegatten steht. Und dieser Verschiedenheit der Menschen kann das Gesetz weder jemals genügende Rechnung tragen noch sie aus der Welt schaffen.

letzte die Macht hat, das wirklich durchzusetzen, von sich aus, durch Unterstützung seiner Sippe, oder der organisierten Gesamtheit, ist nicht wesentlich. Es kann also nach dieser Auffassung auch zwischen souveränen Staaten Rechtspflichten geben, Völkerrecht; nämlich Pflichten, deren Nichterfüllung eine Verletzung anderer bedeutet, auf welche diese ihrerseits mit Zwangsmaßregeln zu erwidern befugt sind. Nur wird naturgemäß da, wo nicht eine unbeteiligte und übergeordnete Stelle maßgeblich ausspricht, ob Verletzung vorliegt oder nicht, die Grenze sehr viel schwankender sein, und der Interessent, ebenso wie beim subjektiven rechtlichen Urteil der einzelne Beteiligte in Privatkonflikt, leicht geneigt sein, jede seinen Interessen nicht entsprechende Handlung oder Unterlassung des Gegenübers oder selbst eine reine äußere Tatsache, die nicht Handlung ist, als eine Verletzung seitens des Gegenübers anzusehen und damit als einen Umstand, der ihn zu Zwangsmaßregeln gegenüber dem andern berechtigt; d. h. in Privatrechtsverhältnissen, der ihn veranlaßt, die Behörde zu solchen Zwangsmaßregeln anzurufen, welche dann eben vielfach zu einem anderen rechtlichen Urteil als die vielleicht subjektiv völlig und ehrlich überzeugte Partei kommt.

Der Umstand, daß diese Unterlage des Rechtsempfindens und damit die Richtung des darauf gegründeten rechtlichen Urteils allerdings in hohem Maß von subjektiven Momenten bewegt wird, bildet jedenfalls an sich keinen Einwand gegen die Richtigkeit jener Aufstellung; denn daß Urteile darüber, was in concreto Rechtens ist, inhaltlich sehr verschieden ausfallen, auch innerhalb der ethisch, historisch und sozial gleichartigsten Rechtsgemeinschaft, und nicht nur seitens der Beteiligten, sondern auch seitens unbeteiligter Dritter — während doch ein rein logisches Vorgehen zu objektiv feststellbarem Ergebnis führen müßte[1] — ist eben eine ganz unbezweifelbare Tatsache des Rechtlebens, welche Bestimmtheit eine Aufstellung über dieses grade wiedergeben muß. Umgekehrt muß es uns vielmehr auffallen und Zweifel wecken, wenn eine Aufstellung über die Grundlagen des rechtlichen Urteilens dieses als ein solches erscheinen läßt, welches alle Subjekte aller Kulturstufen zu den gleichen objektiven Ergebnissen kommen ließe. Daß die Formel: Reaktion auf empfundene Verletzungen den Spielraum läßt für diese subjektiven Abweichungen, die bei allen rechtlichen Urteilen zu be-

[1] Zitelmann, Lücken im Recht S. 34, geht so weit, zu sagen, die Tätigkeit des Juristen sei niemals eine rein logische, die als richtig oder falsch beweisbar wäre; was mir übrigens schon sehr radikal und revolutionär gegenüber unserer bisherigen Jurisprudenz zu sein scheint; „die Gedankenoperationen, durch die er zu seinen Ergebnissen kommt, beruhen vielmehr zum größten Teil auf Wertungen und Abschätzungen, auf Eindrücken und Auffassungen subjektiver Färbung."

achten sind, scheint mir also gerade ein Vorzug zu sein gegenüber anderen Aufstellungen.

Schon darum kann die absolute Gleichsetzung aller Individuen in der Rousseauschen Formulierung beziehentlich die darauf gebaute Begründung der „Gültigkeit des Rechts" — das muß man Stammler (Liepmann, Haymann) jetzt zugeben, daß jene Lehre vom contrat social, wenn auch wohl nur halbbewußterweise, nicht lediglich als eine historische Fragebeantwortung gemeint war — nicht die richtige sein. Der Grad der Wertung des Individuums gehört zum materiellen Inhalt der Rechtsordnung, nicht zu deren Voraussetzungen und ist durchaus historisch. Was ein Germane mit seinen hochgespannten Ansprüchen an individuelle Bewegungsfreiheit der Machtausstattung der Zentrale niemals zugestehen würde, d. h. was er als Verletzung empfinden und sich daher auf die Dauer eben nicht gefallen lassen würde, das war vielleicht die durchaus „richtige" Verfassungsform für das eben ganz anders geartete Menschenmaterial der Inkastaaten, in deren theokratisch-absolutistischem Zwangsstaat, in dem alles dem herrschenden Inka gehörte, der Sache nach die sozialistische Staatsidee so ziemlich verwirklicht war, mit der gänzlichen Aufsaugung des Individuums und seiner persönlichen Freiheit, mit seinem durch die Ausschaltung des individuellen Tätigkeitstriebes notwendig werdenden unglaublichen Heer von Aufsehern usw., vgl. Helmolt, Weltgeschichte 1. Bd. S. 338. Wenn in dem früheren Jesuitenstaat Paraguay der Staat alleiniger Eigentümer fast aller Güter und aller Produktionsmittel war, die Behörde die Arbeitsleistung den Einzelnen genau vorschrieb und ihnen ihren Anteil am gemeinsamen Arbeitsprodukt zuwies, so empfanden das die indianischen Ureinwohner nicht als Verletzung — Reisende berichten erstaunt, mit welcher blinden Unterwürfigkeit sich die Eingeborenen von ihren auf keine militärische Macht sich stützenden Pfarrern züchtigen ließen; Ibagnez, Jesuitisches Reich in Paraguay, Cöln 1774, S. 184 — und es entsprach vielleicht auch durchaus dem „richtigen Recht", — soweit man über ein solches außerhalb des eigenen Volkes und der eigenen Zeit überhaupt etwas Begründetes sagen kann — daß diese es nicht als Verletzung empfanden, weil eben jene Patres immerhin als Europäer eine solche rassehafte und kulturelle Überlegenheit gegenüber diesen armen Indianern hatten, daß diese jene extreme Unterordnung nur als angemessen und ihnen wohltätig empfanden; während die germanische Bevölkerung eines früher von anderen Rassen besiedelten Landstrichs ein dort bestehendes und unbestritten für die Gesamtheit vorteilhaftes Bericselungssystem aufgab, weil sie die dabei notwendige genaue obrigkeitliche Regelung bezüglich Zeit und Art der Bearbeitung dieser Felder nicht ertragen konnte.

Was in dem Maß und von einem so wesentlichen Bevölkerungsteil als Verletzung empfunden wird, daß der Rechtsfrieden nicht dabei auf die Dauer bestehen kann, daß die Gemeinschaft auseinandergeht, von dem kann man sagen, es war nicht die richtige Rechtsform; denn Herstellung eines Zusammenlebens ist schließlich deren primärster Zweck. Und jene Gleichsetzung der Individuen, die den absolut gemeinten Sätzen immer mehr oder minder wesentlich ist, kann gerade selber die Verletzung bedeuten, wenn eben sehr große Verschiedenheiten, rassemäßige, soziale, damit gleichgesetzt werden; selbst Rousseau hielt eine gewisse Gleichheit an Rang und Glücksgütern für Voraussetzung der demokratischen Verfassung eines Gemeinwesens (Vom gesellschaftlichen Vertrag, Übersetzung von F. W. Jung, Frankfurt 1800, S. 138).

Jedenfalls kann eine jene Gleichsetzung beobachtende Rechtsform, etwa eine auf das allgemeine Stimmrecht aufgebaute, an sich ebensogut eine Verletzung und Ungerechtigkeit bedeuten, wie eine auf die Herrschaft einer Minderheit aufgebaute Ver-

fassung, die dem Grundsatz des Teilnehmens an sich weniger entspricht; jene kann gerade durch die Gleichsetzung Verletzungen bewirken und damit das Gemeinwohl gefährden, indem sie den Einfluß der minderkultivierten Massen unverhältnismäßig vermehrt zu ungunsten derjenigen Bevölkerungsschichten, die die wesentliche Kulturarbeit leisten, die an sich schon in ihrer Existenz als soziale Schicht dadurch gefährdet sind, daß sie, infolge der ungesünderen Art der Arbeit, nämlich der vorwiegenden Kopfarbeit, spät zur Selbständigkeit kommend und vielfach unter ihren Produktionskosten bezahlt, sich wenig vermehren; durch welche Unterdrückung und Dezimierung der oberen Schichten, welche eine anthropologische Auslese darstellen (Ammon, Rösr), jene „Ausrottung der Besten" (Seeck) oder rassehafte Verschlechterung der Nation bewirkt wird, die man als die eigentliche Ursache des Sturzes der antiken Kultur angesehen hat. Das aber, ob eine rechtliche Organisation bestimmter Form bestehen kann, sich auf die Dauer verwirklicht, ist schließlich in dem uferlos scheinenden Meere subjektiver Urteile über das richtige Recht dasjenige, was wir wirklich als einen darüberstehenden Maßstab und als ein objektives ansehen dürfen. Und das ist schließlich, wie ich glaube, der Kern der historischen Erkenntnis im ursprünglichen Sinn der Abkehr von rationalistischer Überhebung des Individuums und der Achtung vor dem Entstandenen und Bestehenden.

Die Verschiedenheit rechtlicher und moralischer Gebote wird besonders anschaulich, wenn noch vor unseren Augen Verschiebungen der Grenzen beider Gebiete stattfinden. Geschäftspraktiken, wie sie das Gesetz vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zu treffen sucht, galten ohne Zweifel auch schon vor Erlaß dieses Gesetzes als unmoralisch oder unanständig. Damit, daß der Gesetzgeber nun Zwangsmittel, als Straf-, Ersatz- und Erfüllungszwang, — letzterer hier auf künftige Unterlassung gerichtet — in Aussicht stellt, kraft dessen sich Gegeninteressenten jene Geschäftspraktiken nicht mehr gefallen zu lassen brauchen, wird die Anstandspflicht zur Rechtspflicht. Ein Verhalten, das bisher der Konkurrent sich gefallen lassen mußte, wenn er es auch als unanständig und kränkend empfand, erscheint nun, bei heutigen Verkehrsverhältnissen, dem realen Wert des Renommees bei freier Kundschaft usw. als eine Verletzung, deren ruhige Hinnahme jenem nicht mehr zugemutet werden soll. In Frankreich hat sich das Recht der concurrence déloyale ohne einen solchen gesetzgeberischen Eingriff unter sehr vager Anknüpfung an die Artikel 1382, 1383 Code Civil in der Rechtsprechung entwickelt; aus der an dem einzelnen Befehl, den er zu erlassen hat, dem Richter erwachsenden Erkenntnis, daß hier das ethische Minimum erweitert werden muß; daß das Versagen seines Befehls die Zulassung einer konkreten Verletzung bedeuten würde.

Imperativisch ist meines Erachtens nur der Tenor des einzelnen Urteils und das auch wohl nur (?) bei Leistungsklagen, nicht bei Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen. Auch wenn man es dahingestellt sein läßt, ob wirklich der Imperativ „ein individuelles und unübertragbares Moment enthält", scheint mir unzweifelhaft, daß der Rechtssatz nur ein Aussagesatz ist; und auch der einzelne Imperativ wird erlassen

auf Grund eines logischen Urteils über das, was in concreto Rechtens ist (vgl. oben), nur daß die bestimmenden Gründe für diesen Schluß nicht, wie die Lehre von der Quellenmäßigkeit aller Urteile will, ausschließlich in einer logischen Deduktion aus dem überlieferten Rechtssatz als Obersatz bestehen, sondern in anderwärtsher und vielfach schließlich aus dem Gefühl über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer konkreten Verletzung entsprungenen Überzeugungen, nicht Willensakten. Ich glaube deshalb nicht, daß der Widerspruch THONS, in „Der Normenadressat", in IHERINGS Jahrbüchern 50. Bd. 2. Folge 14. Bd. S. 4, gegen ZITELMANN bezüglich der Aussagenatur der Rechtssätze begründet ist.

Ist nicht der Imperativ, der hinter dem Strafgesetz stehen soll, überhaupt rein sittlicher Natur; das Charakteristische der Rechtspflicht ist eben doch, daß ein anderer ihre Befolgung verlangt und zu diesem Zweck äußere Zwangsmaßregeln anwenden darf; fällt nicht das „du sollst" aus dem Zwangsmechanismus gänzlich heraus, indem es einen ganz anderen Hebel ansetzt. Was uns wohl durch die freilich unzweifelhafte Tatsache verschleiert wird, daß ohne jene anderen Hebel, d. h. wenn wirklich in jedem Fall die Reaktion seitens des Berechtigten eintreten müßte, und wenn nicht, wie es tatsächlich glücklicherweise der Fall ist, die Regel des Rechts vor allem „in gewohnheitsmäßiger Unterwerfung" die Beziehungen der Menschen regeln würde, jedes menschliche Gemeinschaftsleben unmöglich wäre; weil „der Inhalt unserer Rechtsnorm in tausend und abertausend Fällen sich mit dem deckt, was auch andere ethische Mächte bestimmen", THON a. a. O. S. 14.

In Beantwortung der Frage „an wen wenden sich die Strafgesetze", (BINDING, Die Normen und ihre Übertretung § 2), wofür drei Subjekte namhaft gemacht worden sind, das Volk, der Richterstand, der Staat, entscheidet sich BINDING im letztgenannten Sinne; von dem hier eingenommenen Standpunkt aus würde zu formulieren sein: die Strafgesetze sind Aussagesätze darüber, unter welchen Voraussetzungen und Schranken die Befugnis der Öffentlichkeit entsteht, in sonst geschützte Rechtsgüter, der Freiheit, der Ehre, des Lebens strafweise einzugreifen. Mit diesen Rechten und Pflichten, die das Strafgesetz zwischen dem Täter gewisser Handlungen und dem Staat entstehen läßt, hängen mittelbar andere Pflichten zusammen. Einmal die Pflicht des Staats — entgegen dem, was sonst für die Ausübung der Rechte gilt, nemo invitus etc. — die aus jenen Gesetzen sich ergebenden einzelnen Ansprüche gegen die Täter auch auszuüben; welche Pflicht durch die im § 170 St.P.O. dem Verletzten verliehenen Befugnisse zu einer Rechtspflicht gegenüber diesem wird; allerdings nur als die generelle Pflicht „gegen alle gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern genügende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen". Der Richter aber „wird als solcher nicht durch das geltende Strafgesetz gebunden, sondern durch ein anderes Gesetz wird er in seiner Rechtsprechung an dieses Gesetz gebunden" (BINDING a. a. O.); was allein auch der Sinn von Verfassungsbestimmungen sei, daß „die richterliche Gewalt durch unabhängige nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt wird". Diese Pflicht des Richters ist zwar noch eine Rechtspflicht zu nennen, weil der § 839 Abs. 2 B.G.B. und der § 336 St.G.B. den Versuch machen, auf die Vernachlässigung dieser Pflicht eine Reaktion durch Ersatz- und Strafzwang eintreten zu lassen. Aber das Recht der Partei und des Staates ist wegen der intern-psychologischen Natur der Pflichtvernachlässigung sehr schwer zu fixieren und jedenfalls praktisch ist jene Pflicht vorwiegend nur moralisch sanktioniert. Der „gute Richter von Château Thierry", von dem vor ein paar Jahren die Zeitungen erzählten, daß er bewußterweise aus dem bonum und aequum seines individuellen Rechtsempfindens

und frei von positivem Recht entschied — welcher Standpunkt allerdings jede Rechtskultur verneint und atavistisch auf primitive Entwicklungsstufen des Rechtslebens zurückgeht — ist, soweit man erfahren hat, rechtlich unangefochten geblieben und konnte auch wohl nicht gefaßt werden, da seine subjektive Überzeugtheit nicht angezweifelt worden ist; also die Partei mußte sich den unglaublichen Unfug gefallen lassen und die Folgen, im besten Fall die Kosten der weiteren Instanz, tragen. Überall da, wo wir nur von der Pflicht reden und das Korrelat, das sie zur Rechtspflicht macht, das, was das Gegenüber verlangen kann, zu formulieren vermeiden, hat man Grund, mindestens sich die Frage vorzulegen, ob es sich auch wirklich um eine Rechtspflicht handelt. Die richterlichen Verletzungen des objektiven Rechts, die tagtäglich in der Revisionsinstanz festgestellt werden, lassen jedenfalls eine rechtliche Reaktion gegen den Richter nicht entstehen; freilich — um Gottes willen.

Mit der Feststellung der vielfachen inhaltlichen Übereinstimmung ethischer und rechtlicher Pflichten ist an sich noch nichts über ihr sonstiges Verhältnis gesagt und im besondern noch nicht etwa positiv die einheitliche Grundlage aller ethischen Normen behauptet; wie überhaupt, um das nochmals zu betonen, bei diesen ganzen Ausführungen natürlich nicht verkannt wird, daß — zwar die Heranziehung und Verwertung des Begriffs der Verletzung allerdings ein synthetisches Moment zur näheren Bestimmung des Wesens der juristischen Zweckmäßigkeitserwägungen und damit des Unrechtsbegriffs überhaupt bildet, während ein solches synthetisches Moment beispielsweise den Aufstellungen Bierlings, bezüglich des „Unrechts im allgemeinen", über das „als Rechtsübertretung, als Rechtsverletzung, als Rechtsstörung dreifach zu charakterisierende rechtswidrige Verhalten", Juristische Prinzipienlehre Bd. 3 § 30 § 37, meines Erachtens fehlt — das aber dieser Erklärungsversuch das Letzte und Wesentlichste garnicht hereinbezieht, indem er die Bewußtseinstatsache, daß wir ethische Unterscheidungen machen, einfach voraussetzt. Übrigens scheint mir richtig, was Staffel a. a. O. sagt, daß „das oberste Prinzip des Rechts nicht, wie es bei Stammler geschieht, getrennt von der Moral festgestellt werden darf". Staffels Ausführungen erinnern stark an Schopenhauers „ethisches Minimum"; ich für meine Person bekenne, daß mir Schopenhauers Herleitung aller Ethik aus dem Mitleid, als das Durchbrechen des Gemeinsamkeitsgefühls durch die Schranken der Individuation, immer wunderbar einfach und einleuchtend erschienen ist; an welche freilich sich selbst als metaphysisch bezeichnende Aufstellung übrigens auch Sturm a. a. O. S. 9, der in früheren Schriften scharf gegen Schopenhauer polemisiert, stark anklingt: „eine in uns liegende ursprüngliche Rücksichtnahme auf andere ... es ist damit etwas Neues in weiterer Tiefe psychologisch jetzt nicht weiter Erklärliches im Menschen entdeckt."

Daß dieses oberste Prinzip: Reaktion gegen Verletzung jedenfalls dem begrifflichen Erfordernis für ein solches entspricht, daß es nicht materielles Recht bestimmten Inhalts, also Naturrecht im unrektifizierten Sinn, enthält,[1] scheint mir sicher. Was als Verletzung empfunden wird, ist historisch und darum inhaltlich verschieden. Carlyle erzählt eine Geschichte von dem Weib eines schottischen Leibeigenen, das ihrem Gatten, der vom Herrn wegen einer Klei-

[1] Sondern nur formal ist, was Landsberg mit Recht als den grundlegenden systematischen Fortschritt des Kantischen allgemeinen Rechtsprinzips gegenüber der naturrechtlichen Lehre hervorhebt; Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 3. Abt. S. 509.

nigkeit zum Tode verurteilt ist und der sich sträubt, auf die Leiter zu steigen, weinend zuredet: Geh hinauf, der Herr will es haben. Sie hatte, fügt CARLYLE in seiner trockenen Weise hinzu, eben einen großen Begriff von dem Recht des Herrn gegenüber seinen Clansleuten; sie empfindet es darum als unrecht seitens ihres Mannes, daß er sich gegen den Befehl wehrt.

Der bei dem konkreten Fall als der tatsächlichen sozialen Erscheinung der Rechtsnorm stets erfolgende Rückgriff auf die oberste psychologische Unterlage rechtlicher Aussagen ist das, was sich Zweckmäßigkeitserwägung, Folgerung aus der Natur der Sache, aus dem Bedürfnis usw. nennt; was sich früher Billigkeit, natürliches Recht nannte, um auch die heute mehr zurückgetretenen Synonyme zu erwähnen.[1] Diese Befugnis zum richtigen Recht ist aber dem Richter gegeben; oder vielmehr sie ist gerade der Kern der Aufgabe des Rechtsprechenden.

Wenn man einen Rechtssatz oder eine Einzelfolge speziell als dem „richtigen Recht" entsprechend, als zweckmäßig, angemessen usw. bezeichnet, so schwebt dabei offenbar als Gegensatz ein Recht vor, das man anwendet nicht so sehr weil man es inhaltlich, d. h. in seinen einzelnen Ergebnissen als richtig usw. empfindet, sondern weil man sich aus irgend welchen anderen Gründen daran gebunden fühlt; als an Recht daran gebunden fühlt. Das letztere aber ist diesem begrifflichen Gegenstück des richtigen Rechts wesentlich; man würde diese Bezeichnung nicht im Gegensatz zu reiner Willkür oder Gewalt gebrauchen. Insofern läßt sich gegen den Gebrauch jener Bezeichnung in diesem Zusammenhaug logisch nichts einwenden; aber an sich genommen, ist die Bezeichnung richtiges Recht dem Worte und dem Begriffe nach ein Pleonasmus, weil das in dem Eigenschaftswort Hervorgehobene schon in dem Hauptwort steckt, ja dessen Wesen ausmacht.[2] Darum kann mit jener Bezeichnung das Wesen des bei jener Gegenüberstellung gesuchten Begriffes nicht gegeben sein. Und genau denselben logischen Mangel zeigt — und

[1] EUGEN DÜHRING, Kritische Grundlegung der Volkswirtschaftslehre, Berlin 1866, S. 308 „Wir fragen nach dem Grunde alles Rechts und finden ihn in der Reaktion gegen Verletzungen. Unter welchen Bedingungen aber wirklich Verletzungen vorhanden seien, das entscheiden wir nach dem besonderen Fall ... allerdings lassen sich auch in dieser Beziehung Schemata aufstellen und die Gesetze sind derartige Schemata. Aber dieser Schematismus steht nicht über der Natur und Geschichte... wir können also getrost an die subjektive Empfindung und das subjektive Urteil appellieren. Recht und Unrecht gibt es eben nur in dieser subjektiven Sphäre ... Das Erkenntnisprinzip desselben ist die reaktive Empfindung oder das Ressentiment." Vgl. auch DÜHRING, Kritische Geschichte der Philosophie, 3. Aufl. S. 490.

[2] So übrigens auch STAMMLER selbst, Lehre vom richtigen Recht S. 29: „Daß jede Rechtsnorm ihrem eigenen Sinn und Wesen nach ein Zwangsversuch zum Richtigen ist."

das scheint mir sehr bedeutsam — die Aufstellung, die man als den begrifflichen Gegensatz zu jener zu gebrauchen pflegt, der Begriff des positiven Rechts. Auch hier wird in dem Eigenschaftswort dem Hauptwort nicht das geringste synthetische Moment hinzugefügt; denn gerade auf jener Seite hält man ja die Positivität für ein notwendiges Begriffsmerkmal des Rechts und kennt nur positives Recht; so daß die Zusammenstellung wiederum rein pleonastisch ist.

Daß wir aber einen wirklich vorhandenen Gegensatz im Gefühl haben, wenn wir von positivem Recht im betonten Sinne sprechen, ist sicher; schon allein wegen des sich immerhin über einige Jahrtausende erstreckenden Lebens dieser, beziehentlich entsprechender Gegenüberstellungen. Es fragt sich nur, was eigentlich ihr Wesentliches ausmacht.

Man bezeichnet im einzelnen wohl Bestimmungen, wie die über die Verjährungsfristen, als in besonderm Maß positiv; und gegen diese Verwendung des Ausdrucks wird man von keiner Seite etwas einwenden. Man will damit etwa sagen: daß diese Forderung gerade mit 3 oder 5 oder 10 Jahren als verjährt angesehen wird, das hat seinen Grund lediglich darin, daß der Gesetzgeber es so bestimmt hat; er hätte auch anders, οὕτως ἢ ἄλλως, bestimmen können. Und umgekehrt werden wir — auch da kann man von einem ziemlich feststehenden Gebrauch des Begriffs ausgehen — eine rechtliche Erscheinung in dem Fall nicht als positiv bezeichnen, wenn wir glauben, sie hätte so oder ähnlich in jeder Rechtsgemeinschaft und auch ohne eine besondere Äußerung des Gesetzgebers ausfallen müssen; mit andern Worten, wenn die Erwägung der Zweckmäßigkeit, der Natur der Sache, aus Vernunftrecht, Naturrecht, richtigem Recht usw. usw. zu demselben Ergebnis geführt hätte.

Das dürfen wir nun in Anlehnung an bisherige Ausführungen etwas weiter auflösen. Man kann es wohl als eine Verletzung des Gegners empfinden, daß einer erst lange Zeit hindurch sein Recht geltend zu machen unterläßt, und dann, nachdem vielleicht noch mehrmalige Erbfolge eingetreten ist, zu schwierigen Beweisen über weit zurückliegende Dinge, die man ebensogut früher hätte zur Sprache bringen können, zwingen will; d. h. das Institut der Verjährung ist nicht rein positiv; aber, mit welchem Zeitpunkt die Saumseligkeit des Berechtigten beginnt, ein Verhalten darzustellen, das sich der Verpflichtete nicht gefallen zu lassen braucht, d. h. mit welchem Zeitpunkt die Verjährungswirkung eintreten soll, darüber gibt jene Empfindung keinen Ausschlag.

In dem Zwiespalt zwischen dem Eigentümer, der die Sache aus der Hand gegeben hat, und dem, der sie gutgläubig vom vermeintlichen Eigentümer erwarb, kommen bekanntlich unsere und die

römische Rechtsordnung zu entgegengesetzten Beantwortungen der Frage, in welcher Richtung die Reaktion zur Vermeidung der Verletzung einzutreten hat.

Man wird die Rechtssätze über eine verwickelte Verkehrserscheinung wie den Wechsel immer in besonderem Maß als positiv bezeichnen, und auch hier trifft das gewiß zu, daß hier die versuchte Ermittelung der Entscheidungsrichtung aus jener fundamentalsten psychologischen Grundlage aller rechtlichen Reaktion ohne den Anhaltspunkt einer Regel in sehr vielen Fällen zu einem bestimmten Ergebnis nicht führen würde. Jene Ermittelung muß zwar theoretisch möglich bleiben in allen Fällen; sie verlangt nur in den entfernteren Verästelungen einen Überblick über das Ganze, den der Richter in vielen Fällen nicht haben kann; der übrigens schon in höherem Maß erreichbar wäre bei ausgebildeterer Arbeitsteilung in der Rechtsprechung, wie eine solche schon angeregt worden ist. Der Geschäftsmann, der mit einem bestimmten einzelnen Rechtsinstitut sein Lebtag täglich im Verkehr zu tun hat, wird, z. B. in einem verwickelteren Konflikt der Wechsel-Interessenten, aus seiner genauen Kenntnis der Verwendung des Wechsels im Verkehr, über die dabei gegebene Möglichkeit der Prüfung seiner Einzelheiten usw. zu einem bestimmten Urteil lediglich aus der Zweckmäßigkeit, aus der gefühlten Verletzung heraus, auch in Fällen kommen, wo der Berufsjurist, der die Gesamtheit der Verkehrserscheinungen rechtlich zu qualifizieren in der Lage sein soll und der aus dem Leben heraus und am eigenen Leib die wenigsten Institute kennen gelernt hat, freudig auch nach einem Strohhalm logischer Anknüpfungsmöglichkeit an das Bekannte und Überlieferte greifen wird. Damit hängt die wohl auch noch nach Abzug der Fälle des „bloß subjektiven" Rechtsempfindens des Interessierten noch einigermaßen zutreffende, häufig gemachte Beobachtung zusammen, daß das Rechtsgefühl der Laien vielfach lebendiger ist als das der geschulten Juristen; weil die Laien eben meistens in dem ganz begrenzten Gebiet von Verkehrserscheinungen, das sie berührt, besser Bescheid wissen.

Selbst für das Allerpositivste, um als Beispiel wieder die Dauer der Verjährungsfristen zu nehmen, ist eine Urteilsfindung aus der konkreten Verletzung an sich möglich und muß es nach unseren Aufstellungen sein; nach der Art der Beweismittel im einzelnen Fall und ihrer Beeinflussung durch Zeitablauf, also verschieden bei Notwendigkeit des Beweises durch Zeugen als beim Vorhandensein von Schriftbeweisen; nach den Gründen des Nichtgeltendmachens, nach dem dafür zu verlangenden Grade der Sorgfalt; wie man denn die Abweichung gewisser handelsrechtlicher von den allgemeinen bürgerlichen Fristen nicht gerade als rein positiv in betontem Sinne bezeichnen wird.

Man drückt das Wesen der Positivität wohl manchmal auch so aus; es kommt in vielen Fällen weniger darauf an, ob so oder so entschieden wird, als daß in einem bestimmten Sinn entschieden wird. Und das, der Drang nach Kontinuität, ist der besondere Geltungsgrund alles positiven Rechts. Auch die in besonderem Sinn als positiv bezeichnete rechtliche Erscheinung fügt sich dem obersten Prinzip alles Rechtes ein und unter; auch sie will in dem Sinn zweckmäßig natürlich, richtig usw. sein, daß sie Reaktion auf Verletzung ist; nur daß als Maßstab dafür, was als Verletzung anzusehen ist, ein bisher beobachtetes Verhalten genommen wird. Das ist, wie mir scheint, der Ursprung alles positiven Rechts und der Grund seiner Bindendheit. So ist allerdings die Autorität des positiven Rechts eine sekundäre gegenüber seinem Gegenpol; rechtliche Ordnung heißt nicht so viel wie Befolgung bestimmter formaler Regeln, deren Inhalt gleichgültig wäre; sondern dem Begriff des Rechts ist an sich das inhaltlich Richtige begriffswesentlich, und die positiven Regeln sind nur Mittel zu diesem Zweck.

Aber diese theoretisch sekundäre Autorität hat genügt um die positive Regel zu allen Zeiten so durchzusetzen, daß eigentlich immer nicht ihr zu geringes, sondern ihr zu starkes Gewicht gegenüber jenem direkt ermittelten Recht beklagt wurde.

Denn es kommt sofort — theoretisch vom ersten Mal an, wo sich ein Rechtssatz, Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, in für die Rechtsgenossen erkennbarer Weise einmal durchgesetzt hat, und mit jedem neuen Anwendungsfall sich verstärkend, — ein Neues, eine inhaltliche Legitimation hinzu. Je positiver ein Rechtssatz ist, d. h. je schwieriger seine Herleitung aus dem obersten Prinzip, um so mehr wird er geeignet sein, mit seiner tatsächlichen Durchsetzung auch jene materielle Rechtfertigung aus der obersten psychologischen Unterlage alles Rechtsempfindens zu erlangen, in dem nun die Rechtsgenossen wie der Richter schon in dem Abweichen von dem einmal beobachteten Verhalten, welches immer ein Verhalten gegenüber einem anderen Interessenten ist, eine Verletzung dieses andern zu sehen geneigt werden; und das in steigendem Maß, je öfter jener Satz sich durchgesetzt hat, weil in demselben Maß die Erwartung jenes Verhaltens seitens des Gegenübers begründeter und um so eher die Enttäuschung jener Erwartung als Verletzung dieses Gegenübers erscheinen wird.

Ich erinnere an die oben erwähnte Aufstellung von Thöl, daß ein Rechtssatz, der auch nur ein einziges Mal in einem Urteil angewendet worden, damit geltendes Recht geworden sei; was wohl in dieser Form sicher nicht richtig ist, dessen Aufstellung aber offenbar symptomatische Bedeutung im Sinne unserer Ausführungen hat.

Besonders bei Gebilden des Verfassungsrechts, die man ja auch wohl in besonderem Maß als positiv bezeichnen wird, die jedenfalls bei verschiedenen Völkern inhaltlich mehr voneinander abzuweichen pflegen, als die privatrechtlichen Einrichtungen der betreffenden Völker, tritt diese rein historische Begründung der Verletzungsempfindung auschaulich auf; wo bei der größeren Seltenheit der Vergleichsfälle, bei der großen Wertverschiedenheit der auftretenden Interessen, bei der Langfristigkeit der Wirkungen auch der intellektuell höchststehende Einzelne und selbst ganze Geschlechterfolgen das Ganze der sozialen Zusammenhänge und der zeitlichen Wirkungen nicht so übersehen können, daß in einem Konflikt großer sozialer Gruppen oder Jahrhunderte alter Institutionen ein begründetes Urteil über die Verletzung möglich wäre; wo daher die Tatsache, wie es nun einmal geworden ist, wie die Macht nun einmal verteilt ist, wie es selbst nur in einem einzigen Fall früher gemacht wurde, oft den einzigen Anhaltspunkt zu einem rechtlichen Urteil bildet.[1]

[1] Carlyle hat uns, vorzüglich in Past and Present, erst die eigentliche historische Theorie der Entstehung öffentlich rechtlicher Gewalten gegeben; wo überindividuelle Zweke verfolgt werden, bildet sich durch diese soziale Tätigkeit das soziale Organ; die Übernahme öffentlich rechtlicher Pflichten läßt öffentliche Rechte entstehen; die soziale Gewalt der Kirche, der Feudalherren im Mittelalter ist die Folge ihrer sozialen Tätigkeit.

Die historische Schule hat sich hier im wesentlichen auf die Abwehrstellung gegenüber der Staatsvertragstheorie beschränkt und eine eigene positive Aufstellung nicht versucht. „So, durch die geschichtliche Begebenheit, entsteht der Staat tatsächlich, so bindet er auch rechtlich. Sein Ansehen beruht auf seiner bloßen Existenz als solcher." Stahl, Die Philosphie des Rechts 2. Bd. 2. Abteilung § 46. Diese Antwort „auf die Frage: auf welchem Rechtsgrunde beruht der Staat, welche im Grunde dieselbe Frage ist als: auf welchem Rechtsgrunde beruht das Recht" (Stahl, ebenda) muß freilich zur baren Skepsis führen; Stahl empfindet das auch und greift dann einfach zu einer übernatürlichen weiteren Begründung, indem er sich auf die göttliche Einsetzung des Staats beruft.

Jene Skepsis gegenüber der Unterscheidung von Recht und Unrecht überhaupt, zu welcher allerdings die eine Seite historischer Erkenntnis, nämlich die Erkenntnis von der steten inhaltlichen Veränderung der Rechtsbegriffe, leicht verführen kann, und deren Wirkungen man in der historischen Schule und ihrer Nachfolge beobachten zu können geglaubt hat, hat einen klassischen Ausdruck gefunden schon in einer italienischen Novelle des 16. Jahrhunderts; Altitalienische Novellen, ausgewählt und übersetzt von Paul Ernst, Leipzig 1902, S. 270; Ein verbrecherischer König von England sucht seine Tochter zur Liebe zu überreden und bekämpft deren moralische Bedenken: „Schönste Jungfrau, alle Gesetze und Sitten, unter denen in den verschiedensten Ländern die Menschen in verschiedener Weise leben, sind nichts anderes als ebensoviele Meinungen der Menschen; denn es geschieht, daß an dem einen Ort höchlichst gelobt und geschätzt wird, was am andern als verwerflich gilt ... man kann ... behaupten, daß keine Sitte, Einrichtung, Gesetz, ja keine Ueberzeugung so fest und unumstößlich ist, daß man sie nicht mit irgend welchen Gründen wider-

Ubi homines sunt, modi sunt;[1] Wiederholung und Nachahmung bindet den Einzelnen an die Genossen. Die Gewöhnung, die Übung tritt insbesondere auf primitiven Stufen — daß das sogenannte Gewohnheitsrecht die erste Form des positiven Rechts ist, bestreitet niemand — so stark hervor, daß man sie, wie in jener Benennung zum Ausdruck kommt, als das eigentlich Rechtschöpfende ansehen konnte; wobei freilich die eben doch nicht wegzuleugnende „plötzliche" Entstehung, durch ursprünglichen „Rechtsbruch", ja im Grunde überhaupt jede Bewegung und Veränderung des Rechts unerklärt bleiben mußte.

Aber wir gehen weiter — und da wird man sich auf energischeren Widerspruch gefaßt machen müssen, als insolange man auf dem an sich unsicheren Boden des Gewohnheitsrechts bleibt — das positive Recht überhaupt, also mit Einschluß des Gesetzesrechts, hat am letzten Ende keinen anderen Geltungsgrund, als daß es konkrete Verletzungen verhütet; genauer, daß das Gegenüber ein bestimmtes Verhalten verlangen kann, weil das widersprechende Verhalten eine Verletzung bedeuten würde; daß es „richtig", daß es Recht ist ohne jenen Zusatz; nur mit der freilich gewaltigen Bestärkung, daß die Abweichung von dem einmal historisch Verwirklichten nun inhaltlich als die Verletzung empfunden wird;[2] welche Bestärkung beim

---

legen und umstoßen kann. Alles also, was wir uns denken, ist nur Traum und Schatten, und ein Tor ist in Wahrheit derjenige, der auf diesem räumigen und weiten Felde der menschlichen Dinge sich durch die Meinungen anderer in einen so engen und beschränkten Kreis einschließen läßt, daß er außerhalb desselben nicht den Fuß zu rühren wagt."

[1] Wo stammt dieser Spruch der Wanderjahre her, der freilich ein Leitwort für jegliche Betrachtung menschlichen Gemeinschaftslebens bilden kann. Jung, Goethes Wanderjahre und die wichtigsten Fragen des 19. Jahrhunderts, Mainz 1854, S. 221 ff.

[2] Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 66 S. 459: „Neben dieser Gesetzesproduktion mit abgeleiteter Geltung gibt es immer noch primäre, sozusagen autochtone Rechtserzeugung. Eine stärkste Motivationsqnelle zu weiterer Übung des Satzes bildet nach durchgängiger psychologischer Erfahrung die Tatsache, daß bisher schon in gleichen Fällen ebenso gehandelt ist. Indem also ein Rechtssatz tatsächlich befolgt ist und die Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß er auch weiterhin befolgt werden werde, eben weil man eine dauernde Motivationsquelle in Wirksamkeit sieht, verwandelt sich der Begriff des Tatsächlichen in den des Rechtlichen. Dies ist das sog. Gewohnheitsrecht — freilich ist der Name kein sehr glücklich gewählter, da das psychologische Gewichtsmoment der Gewohnheit ein anderes ist als das im „Gewohnheitsrecht" wirksame. Hier bei dieser Produktion des sog. Gewohnheitsrechts, die manchen zweifelhaft ist, liegt nichts anderes vor als bei der Produktion jenes allgemeinsten, das Gesetzesrecht erst ermöglichenden Rechtssatzes, die zweifellos in der von uns geschilderten Weise vor sich geht; beide unterscheiden sich nur in dem Einen, daß die Motivationsquelle für künftige weitere Anwendung desselben Satzes für beide eine verschiedene ist: hier

Gesetzesrecht um so viel, vielleicht nicht intensiver, aber augenfälliger ist, als der Gesetzessatz den Beteiligten regelmäßig in klarerer Form zu erkenntnismäßigem Bewußtsein kommt als der Gewohnheitsrechtssatz.

Es ist also die unterste Grundlage des positiven Urteils keine andere als die des als notwendig, natürlich, zweckmäßig usw. gefällten; nur daß bei Ermittelung der Verletzungsrichtung durch den Anschluß an ein früheres Handeln, an die Tradition, ein objektives Moment an die Stelle jener stets mehr oder minder subjektiven Neuermittelung der Verletzung im einzelnen Fall tritt; worauf die stets gerühmte größere Festigkeit und Berechenbarkeit des positiven Rechts und speziell des Gesetzesrechts beruht.

Wenn einer unserer Richter heute etwa von einer individualistischen Überspannung des Schuldbegriffs aus, auch der heiligsten Überzeugung wäre, daß das Mißlingen des Verbrechens dem Täter nicht zugute kommen dürfe und daß deshalb der Versuch wegen des gleichen Vorsatzes gerechterweise ebenso zu bestrafen sei wie das vollendete Verbrechen, so würde doch eine dementsprechend gefällte Verurteilung nicht ein Urteil sein, welches materiell — wir sehen hier ab von der öffentlich rechtlichen Bindung des Richters — dem richtigen Rechte entspräche, vorausgesetzt selbst, daß jene Überzeugung die allgemeine wäre. Und zwar aus dem einfachen Grund, weil die Abweichung von dem bisher Gehandhabten eine materielle Verletzung dem Täter gegenüber bedeuten würde, so daß auch für den Richter mit jener Überzeugung doch die Bestrafung mit der bloßen Versuchsstrafe die gerechte, die richtige usw. sein muß.

Als die Frage nach der Bestrafung des Elektrizitätsdiebstahls zuerst praktisch wurde, war wohl niemand im Zweifel, daß eine Bestrafung angemessen, gerecht, zweckmäßig, vernünftig usw. wäre; wenn nämlich nicht dem überlieferten Recht eine solche bisher fremd gewesen wäre und man deshalb die plötzliche Verhängung gegenüber dem Täter als eine Verletzung dieses und deshalb eben doch als nicht gerecht hätte ansehen müssen. Also auch, wenn das, was bei isolierter Betrachtung des Falls als das Richtige Angemessene usw. scheint, verschieden ist von dem, was der überlieferte Rechtssatz in diesem Falle verlangt, ist doch, weil jedes richterliche Urteil in einem bestimmten historischen Zusammenhang der Rechtspflege steht, das Befolgen des positiven Rechts die richtige, Verletzung verhütende Entscheidung; weil immer ein Gegenüber da ist, das an dem Beibehalten der bisherigen Übung interessiert ist und dem

---

die Autorität der gesetzgebenden Person mit ihren Machtmitteln, dort die Autorität des bisherigen Gebrauchs. Mit dieser Maßgabe ist es richtig, zu sagen, daß alles Recht lediglich Gewohnheitsrecht ist."

gegenüber die Abweichung von dieser eine schwerer wiegende Verletzung bedeuten würde.

Also die Grenze, deren Verwischung man der naturrechtlichen Schule vorwarf, bleibt bei dieser Auffassung scharf genug; bei dieser Auffassung, welche allerdings sagt, der Richter sucht immer das, was in concreto richtigen Rechtens ist; sie bleibt unverwischt genau in dem Sinne, wie STAMMLER für sein Naturrecht mit wechselndem Inhalte die Grenze gegenüber dem positiven Recht fixierte; weil nämlich das als richtiges, seinsollendes, zukünftiges Recht Erkannte um deswillen noch nicht der Maßstab der Verletzung in dieser Rechtsgemeinschaft ist.

Aber, — und damit kommen wir zu der hauptsächlichsten Behauptung dieses Versuchs über das Wesen der Positivität, — das Sichdurchsetzeu des positiven Rechts auch da, wo das Ergebnis von demjenigen abweicht, welches ohne das Vorhandensein jenes Satzes, als neu zu findendes, richtig und angemessen erscheinen würde, beruht nur darauf, daß dem Entscheidenden die in dem etwaigen Abweichen von dem positiven Satz liegende Verletzung derjenigen Seite, der das überlieferte Recht günstiger ist, als die schwerer wiegende Verletzung erscheint gegenüber dem, was dem andern durch das, isoliert betrachtet, nicht ganz gebilligte Ergebnis zugemutet wird. Von dem Augenblick ab, wo dieses Verhältnis sich umkehrt; wo gegenüber dem Gewicht der Verletzung, das die Befolgung der Tradition für den andern Teil bedeuten würde, die Abweichung von der bisherigen Übung als die erträglichere Verletzung erscheint — von diesem Augenblick ab wird das überlieferte Recht durch das neu aus der Empfindung der konkreten Verletzung ermittelte besiegt. Denn die Überzeugung, „daß über der Vorschrift, das positive Recht anzuwenden, doch die allgemeine Forderung steht, daß der Richter bei seiner Amtsverwaltung das Vernünftige und Zweckmäßige anzuordnen hat" (G. RÜMELIN, das Gewohnheitsrecht a. a. O. S. 228) hat glücklicherweise keine Rechtsquellentheorie und kein Gesetzgeber dem Richter jemals ganz austreiben können.

Unser Strafrichter hat, allerdings nicht ohne Widerspruch (FRANK), wegen Sachbeschädigung die bestraft, die einen fremden gefangenen Vogel fliegen ließen, einen fremden silbernen Becher in den Fluß warfen. Es war dazu so ziemlich dieselbe gedankliche Operation vorzunehmen — nämlich vom Körperlichen der Sache zu abstrahieren und Sache etwa mit Wertträger gleichbedeutend zu nehmen, welche man sich beim Elektrizitätsdiebstahl wegen des Verbots der Analogie zu machen scheute; wobei es wohl mehr äußerliche Gründe, die Neuheit des tatsächlichen Vorgangs beim Elektrizitätsdiebstahl, waren, welche die Abweichung hier als stärker empfinden lassen. Dem Volksempfinden wird es jedenfalls viel näherliegend scheinen, den

heimlichen Anschluß an die Elektrizitätsleitung demjenigen an die Gasleitung, welche als Diebstahl schon bestraft worden ist, gleichzusetzen, als das Fliegenlassen eines Vogels dem körperlichen Verletzen desselben.

Man hat öfter schon in diesem Zusammenhang auf die Art und Weise hingewiesen, wie die grausamen Strafdrohungen der Carolina in der Praxis der Aufklärungszeit gehandhabt wurden. Also in unserm Sinne gesprochen, als Anwendungsfälle dessen, daß die Verletzung durch Befolgung des überlieferten Rechtssatzes als schwerer empfunden wird, als die Verletzung, die in ihrer Nichtbefolgung liegt; wobei hier nur umgekehrt wie in den letztbetrachteten Beispielen der Gegeninteressent an der Befolgung der Tradition die Öffentlichkeit, beziehentlich indirekt der Verletzte ist. Aber bei dieser Erscheinung, wo es sich um so große Humanitätsinteressen und um so tiefgehende Differenzen verschiedener Zeitalter handelt, wird man vielleicht sagen können, es handle sich hier nicht mehr um einen Vorgang des normalen Rechtslebens; sondern man sei eben damals durch das Absterben der betreffenden formellen Rechtsquelle, der alten Reichsgewalt, in eine Zwangslage versetzt gewesen, und der Vorgang sei mit einem Staatsstreich oder einer revolutionären Rechtsänderung zu vergleichen, welche freilich nicht in eine Rechtsquellentheorie passen können.

Es scheint darum am vorteilhaftesten, die Beispiele aus Entwickelungen herzunehmen, die sich noch vor unseren Augen vollziehen; Beispiele, die zum größten Teil aus einem Rechtszustand hergenommen sind, dessen positives Recht ein paar Jahre alt ist und von dem man bei Gott nicht behaupten kann, die Gesetzgebungsmaschine sei nicht schnell genug zum Eingriff bereit (vgl. Thierhalter); Beispiele, bei denen auch keineswegs tiefergehende Wandlungen des ethischen Empfindens im Spiele sind; wie etwa bei der doch wohl sicher gesetzabändernden Interpretation der Zwölftafelstelle: si pater filium ter venum duvit bezüglich Freiwerden der filia (Gajus, Buch 1 § 132), oder bei der Behandlung des Verbots der recherche de la paternité in der linksrheinischen deutschen Rechtsprechung; und aus demselben Grund, weil es sich dabei um so große Abstände — zeitliche, volkliche, kulturelle — handelt, soll auch hier nicht die Zulassung der direkten Stellvertretung oder der Verträge zugunsten Dritter im gemeinen Rechte als Argument verwendet werden, obwohl dabei ja ganz ohne Zweifel Rechtsänderung durch die Praxis, „eine Weiterbildung des Rechts stattgefunden hat, zu welcher der Richter wenigstens nach der jetzigen Auffassung nicht legitimiert ist". (G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, a. a. O. S. 228.)

Zitelmann weist (Lücken im Recht S. 40) auf die Bedeutsamkeit einer Äußerung von Brinz hin; wo eine Lücke im Recht empfunden werde, liege vielmehr „lediglich eine Lücke auf Seite des Rechts-

suchenden vor; bei ihm fehlt es an dem Erfordernis, das vom Recht für den Fall der Actio oder der Exceptio positiv gesetzt ist."

Das scheint mir nun allerdings sehr richtig und für die Rechtsquellenfrage von großer Tragweite zu sein; viele von denen, die bei den etwas schärferen Formulierungen der Kritik an unserer Rechtsquellentheorie „Feurio" schreien, wie LANDSBERG gegenüber MÜLLER-ERZBACH in der Juristenzeitung, wollen doch eine Ergänzung von Lücken des positiven Rechts durch den Richter zulassen.[1] Damit haben sie aber dem Satan, von ihrem Standpunkt, den kleinen Finger gegeben, an dem er sie ganz nachziehen wird; denn das corrigere und suppleré läßt sich für unser Recht gar nicht auseinanderhalten. Es ließ sich noch eher trennen für den Prätor, dessen jus civile nicht den Anspruch erhob, lückenlos zu sein. Für ein Recht, das für alle Konfliktsfälle die Regel zu enthalten behauptet, ist die Lückenergänzung im Grunde immer eine Abweichung vom überlieferten Recht, also mit STAMPE Rechtsänderung.

Wenn jener bayrische Richter in lebhafter Empfindung für jene Lücke im Schadensersatzrecht, welche das preußische Eisenbahngesetz und dann das Haftpflichtgesetz ausfüllten, für das, was wir heute Gefährdungshaftung nennen, die Ersatzpflicht der Eisenbahn bejahte,

[1] So u. a. OSKAR BÜLOW, Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, in Das Recht X No. 13. So HECK, Deutsche Juristenzeitung Jahrg. 10 No. 24 gegen STAMPE, Juristenzeitung Jahrg. 10 No. 9, 15, 22. In dem „großen Kampf" in der deutschen Rechtswissenschaft, „dessen erste Schüsse" (?) „in OSKAR BÜLOWS Gesetz und Richteramt und in EUGEN EHRLICHS Broschüre Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft aufblitzten", wie der Referent über die Literatur der Rechts- und Staatslehre im literarischen Ratgeber des Kunstwart 1905 sich ausdrückt, können gewisse Gegensätze nicht vermittelt werden. Die Aufstellungen des Vortrags, den HECK am 17. Februar 1906 in der juristischen Gesellschaft über „die Fortbildung des bürgerlichen Rechts im Wege der Rechtsverordnung" gehalten hat, dürften wohl in beiden Lagern nicht befriedigen; jedenfalls gingen sie der streng historischen Seite schon zu weit, wie sich aus dem Widerspruch der Herren Geheimrat GIERKE und Exzellenz KOCH ergab.

Die streng historische Seite; d. h. wir unsererseits geben ja freilich keineswegs zu, daß die Ansicht von der logischen Geschlossenheit des Rechtsystems oder auch von der Quellenmäßigkeit aller Urteile ein besonderes Anrecht auf jenen Ehrentitel hätte und als ob etwa unsere Auffassung eine unhistorische sei, was freilich vernichtend wäre. Im Gegenteil. In ihrem Verhältnis zum Recht der eigenen Zeit war ja bekanntlich keine Juristenschule so unhistorisch wie die speziell so genannte historische. SAVIGNY, sagt SALEILLES a. a. O. S. 11, prenait le contre-pied de la méthode historique, dans son application au développement du droit ... il trahissait la méthode historique. — Übrigens, nebenbei bemerkt, sehr nebenbei, genau so wie die Zeit des ausgebildetsten historischen Verständnisses vergangener Stile in der Baukunst zugleich die Periode des äußersten Unverständnisses gegenüber den Forderungen der eigenen Zeit und überhaupt des äußersten Tiefstandes der Baukunst war.

so folgte er eben nicht der lex Aquilia, nach der er zur Abweisung der Klage hätte kommen müssen, weil ein Verschulden der Eisenbahn nicht nachzuweisen war; daß er sich durch Hinzufingierung dieses fehlenden Tatbestandsmomentes formell salvierte, ändert daran nichts (vgl. oben).

Wenn das Reichsgericht[1] die Frage aufwirft, ob sich aus dem B.G.B. ein der sogen. exceptio doli generalis des gemeinen Rechts entsprechender Rechtsbehelf ableiten lasse, so soll hier nicht mit dem Willen des Gesetzgebers operiert werden; obwohl man in diesem Falle eigentlich auch von einem zur Aussprache im Gesetz gekommenen Willen reden könnte; denn eine solche Aussprache muß doch, insbesondere bei etwas Negativem auch durch konkludentes Schweigen möglich sein. Aber wir wollen uns darauf gewiß nicht steifen; denn die an sich wie, wie mir scheint, logisch anfechtbare Zurücksetzung des Gesetzgeberwillens zugunsten eines — anthropomorphistisch-personifizierenden[2] — Gesetzeswillens war die erste Bresche in die Mauer der alten Auslegungsdoktrin. Aber: es lag vor ein von dem Kompagnon mit der Firma unterzeichneter Bürgschaftsschein für ein von diesem Kompagnon für sich persönlich, wie dem Dritten bekannt war, aufgenommenes Darlehen; die Klage gegen den andern Gesellschafter wird abgewiesen; daß sich in den Bestimmungen über die Vertretungsmacht von gesetzlich festgelegtem Mindestumfang dafür keine Unterlage findet, sondern daß danach die Klage zuzusprechen wäre, ist anerkannt. Die Unterlage dafür, daß man im früheren Rechtszustand bei sogen. Kollusion abwies, bildete die exceptio doli des gemeinen Rechts. Wenn nun der Richter behauptet, der aus diesem Bürgschaftsschein gegen den andern Gesellschafter Rechte Herleitende füge damit diesem in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu — da jener doch nur das dem andern gegebene Darlehen wiederhaben, sich vor Schaden bewahren will — so füllt der Richter damit eine Lücke in den Rechtssätzen über die Vollmachten von gesetzlichem Umfang aus; er ergänzt einen Rechtssatz etwa des Inhalts, daß bei dem andern Teil bekannter Auftragswidrigkeit der Vertretungshandlung auch die Vollmacht nicht bestehe; indem er diesen ergänzt, ändert er das bestehende Recht, nach dem er die Klage zusprechen müßte. Daß das Reichsgericht in einem andern Fall (ebenda, Entscheidung No. 56, vom 1. Juli 1904, S. 219) die generelle Einrede der Arglist, obwohl es selbst in der erstangeführten Entscheidung, zugibt, daß „das B.G.B. keine allgemeine Bestimmungen über die Einrede der Arglist enthält, wodurch dieser eine Geltung in gleichem Umfang wie nach dem früheren

[1] Entscheidungen in Zivilsachen, Bd. 58 No. 90 v. 30. Juni 1904.

[2] Schlossmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. S. 33.

gemeinen Recht ausdrücklich zugesichert würde", in einem Umfang zugelassen hat, der den ihr im gemeinen Recht zugebilligten erheblich überschreiten dürfte, soll hier nicht weiter als Argument verwendet werden; weil man vielleicht wird sagen können, diese Entscheidung sei eben nicht richtig. Aber ebenso sicher inhaltlich einwandsfrei, wie die oben erstgenannte ist, wenigstens meines Erachtens, die vom 1. Juni 1905 Bd. 61 S. 171, welche die Anfechtung wegen Irrtums über einen ädilizischen Fehler ausschließt. „Entscheidend dafür", daß nämlich Schwammbehaftetheit eines Hauses, an sich wohl sicher eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2, nicht neben der Wandlungsklage auch noch einer Anfechtung wegen Irrtums begründen könne, sei, „daß sonst in das Gesetz ein unerklärlicher Zwiespalt hineingetragen würde". Daß es nicht im Gesetz gesagt ist, ist sicher; nun wird auf einmal einer ganz gelegentlichen Bemerkung der Motive, aus der nur sehr vermittelt ein Gedachthaben in bestimmter Richtung zu folgern ist, eine große Wichtigkeit beigelegt, während bei der exceptio doli dem klar ausgesprochenen Willen der Materialien (Protokolle der zweiten Lesung, Gutentagsche Ausgabe Bd. 1 S. 238) gar kein Wert beigelegt wird. Ob die eine Bestimmung wirklich lex specialis gegenüber der andern ist, ist recht fraglich; der erste Richter dachte nicht daran, und wenn die Anfechtung innerhalb der Verjährungsfrist der Mängelhaftung gekommen wäre, hätte niemand daran gedacht; „der von dem ersten Richter gewählte Ausweg, die Verjährungsfrist der Wandlungsklage auf die Klage auf Grund der Irrtumsanfechtung zu übertragen, „scheitert" auch nach der Ansicht des Reichsgerichts an dem Wortlaut des Gesetzes. Jedenfalls ist ein Rechtssatz des Inhalts, daß wegen eines ädilizischen Mangels niemals Irrtumsanfechtung möglich sein soll, bisher noch nicht formuliert gewesen; und es war ja auch gar nicht das Bestehen eines solchen Satzes, sondern die Erwägung, daß die Zulassung der Anfechtung eine Verletzung des Verkäufers bedeuten würde, was zur Abweisung der Klage geführt hat.[1]

In einer Entscheidung, die ich im Augenblick nicht mehr nachweisen kann, — sie muß im Winter 1906 auf 1907 durch die Zeitungen gegangen sein — war dem Käufer, obwohl ein Mangel im Sinne des § 459 als vorhanden angenommen wurde, das Recht auf die Wandlung abgesprochen und nur das auf die Minderung gelassen, weil bei dem Wertverhältnis des ganzen Kaufobjekts zu der Wertminderung durch den Mangel die Rückgängigmachung des ganzen Kaufs einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten würde; die Entscheidung

[1] Stampe a. a. O. Spalte 1020. — „Da eine das gegenseitige Verhältnis dieser Bestimmungen regelnde Norm im Gesetzbuch nicht enthalten ist, hat der Richter diese Lücke durch seine Willensentscheidung auszufüllen." Schlossmann.

war vermutlich materiell auch sehr angebracht; aber der § 462 macht eben eine solche Unterscheidung nicht, sondern stellt Wandelung und Minderung wahlweise zu Verfügung. Man wird vielleicht sagen, das ist keine Rechtsänderung, weil der Richter durch die zwingenden und daher der Bestimmung des § 462 vorgehenden Vorschriften über Treu und Glauben zur Vornahme dieser Modifikation befugt war; jedenfalls ist so ein neues im überlieferten Recht nicht vorgesehenes Einzelergebnis geschaffen und die Befugnis zur Neuermittelung des einzelnen Rechtsergebnisses, wie sie bei Zwingendheit jener Normen vorhanden wäre, wäre eben insoweit und für das Anwendungsgebiet der Bestimmungen über Treu und Glauben die offizielle Anerkennung dessen, was hier von dem tatsächlichen Verhalten des Richters behauptet wird.

Das Reichsgericht hat (Bd. 53 S. 161 f., Bd. 57 S. 106 f.) dem Verkäufer die Rechte aus § 326 bei bloßem Abnahmeverzug des Verkäufers versagt, weil dort unter „Verzug mit der ihm obliegenden Leistung" Verzug mit der Hauptleistung zu verstehen sei; die Abnahmepflicht sei aber nicht Hauptleistung; dabei redet aber § 326 mit keinem Wort davon, daß mit der obliegenden Leistung nur die Hauptleistung gemeint sei und andererseits stellt der § 433 die Zahlungspflicht und die Abnahmepflicht durchaus gleichgeordnet nebeneinander.[1] Indem jene beiden an sich wohl sicher richtigen Entscheidungen zuungunsten des Verkäufers, dessen Ansprüche nach jenen Regeln begründet sind, die Verletzung des Käufers, welche die Befolgung jener Regeln ihrem Dafürhalten nach mit sich brächte, durch eine Umgestaltung der überlieferten Sätze (326, nur bei Hauptleistung; 433 Abs. 2, nicht gleichsetzend) vermeiden, füllen sie wohl die Lücke aus, das unser Gesetz jene Unterscheidungen bei den tief eingreifenden Befugnissen des Gegners gemäß § 326 nicht gemacht hat; diese Lücke ist aber ohne Zweifel nur eine solche im Brinzschen Sinne, vom Standpunkt desjenigen, der einen Schutz gegen die Geltendmachung der Rechte aus § 326 sucht.

Wie man denn bei der Verwertung der §§ 325, 326 in den Fällen der sogenannten positiven Vertragsverletzung nicht mehr daran denkt, daß die „ihm obliegende Leistung" die Hauptleistung sein müsse, die den Charakter des Vertrags ausmacht; denn bei jenen

[1] Bd. 57 S. 111 „... würde die mechanische Anwendung des § 326 Abs. 1 lediglich wegen eines Abnahmeverzugs in den weitaus meisten Fällen zu Härten und Unbilligkeiten führen, die weder berechtigten Verkehrsanschauungen noch berechtigten Verkehrsbedürfnissen entsprechen."

Bd. 53 S. 164 „wenn dort im § 433 Abs. 2 gesagt ist, der Käufer sei verpflichtet, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, so darf durchaus nicht auf eine überall durchgreifende Gleichstellung jener beiden Teile der Käuferverpflichtung geschlossen werden."

positiven Vertragsverletzungen handelt es sich meist um „nebenhergehende Unterlassungspflichten", von denen sogar bestritten wird (Reichsgericht Bd. 54 S. 101) ob sie überhaupt „ein Teil der dem Verletzenden obliegenden Leistung" im Sinne des § 325 seien. Und überhaupt die positive Vertragsverletzung. Wenn „das Empfinden, daß auch bei ihr dem andern Teil die in den §§ 325, 326 gewährten Rechte zustehen sollten" (ebenda S. 100) zu ihrer Gewährung führt, wie in dem eben angeführten Urteil, so wird ganz gewiß derjenige, zu dessen Nachteil diese Gewährung ist, sich niemals überzeugen lassen, das Gesetz enthalte hier eine Lücke, die vom Richter ergänzt werden müsse, sondern er wird der Meinung sein, das Gesetz habe jene Rechte eben nur im Falle der Unmöglichkeit der Leistung gewährt, und der Richter weiche, indem er sie auch in anderen Fällen gewähre, von dem Gesetz ab. Die immer irgendwie gefundene logische Verbindung wird ihn nicht überzeugen; denn sie ist, wie in vielen Fällen schon offen gesagt wird, wie aber auch ohne das klar ist, nicht der bestimmende Grund für den Ausfall des Urteils.

Die Analogie wird von der herrschenden Rechtsquellenlehre notgedrungen noch zugelassen, wenn auch die extrem positivistische Seite sie mit Recht als verdächtig empfindet; daß sie immer eine Durchbrechung des Prinzips der Quellenmäßigkeit aller Urteile bedeutet,[1] ist neuerdings mehrfach mit Recht betont worden.

Es kommt nun in dieser Richtung in unserem neuen Rechtszustand noch ein weiteres Moment hinzu. Bei Fragen, wie der positiven Vertragsverletzung, der Irrtumsanfechtung neben der Mängelhaftung, handelt es sich nicht um neue tatsächliche Erscheinungen, wie etwa bei der Elektrizität oder der Benutzung maschineller Hilfskräfte im Fortschritt der Technik und der dadurch entstandenen neuen Gefahrenquelle, sondern um lange bekannte Verkehrserscheinungen. Muß man da nicht, wie Stampe mit Recht hervorhebt, unsern Gesetzgebern eine ganz unglaubliche Unfähigkeit im sprachlichen Ausdruck zuschreiben, wenn man diesen Gesetzeswillen — eines Gesetzes, dessen Fassung jetzt gerade zehn Jahre alt ist — in wichtigen Fragen nur auf eine so indirekte vermittelte Weise soll erschließen können?

[1] Selbst in den materiell einwandfreiesten Fällen, vgl. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 11 S. 2: „Die Rechtsprechung ist befugt, die auswechselbaren Notenblätter der mechanischen Musikwerke den gedruckten gleichzusetzen, auch wenn dem Gesetzgeber diese neue Form der Fixierung eines Musikwerkes und die neue Art ihrer mechanischen Vervielfältigung nicht bekannt war, selbst dann, wenn infolgedessen der Ausdruck des Gesetzes so eng gewählt worden wäre, daß die Herstellung des Notenblattes für mechanische Musikwerke nicht darunter passen sollte. Es ist die Analogie, mittels welcher die Rechtsprechnng die bestehenden Gesetze an die neu entstehenden Erscheinungen des Lebens anpaßt."

Von dem in Bd. 58 No. 103 mitgeteilten Urteil des Reichsgerichts über das Wirksamwerden der Willenserklärung bei durch den Adressaten verschuldeter Verhinderung des Zugehens sagt von Blume (Iherings Jahrbücher Bd. 51 S. 23): „Wer Rechtssätze so begründet, wie es in dem besprochenen Reichsgerichtsurteil geschehen ist, der stellt sich über das Recht."

Ein Berliner Gericht hat kürzlich die Klage gegen die Kleiderablage eines Theaters abgewiesen, die sich auf folgende Tatsachen stützte; der Besucher hatte die Garderobemarke der Dienerin hereingereicht, welche daraufhin die Kleider holte und den sich danach ausstreckenden Händen auslieferte; wie sich herausstellte, einem Gauner, der noch Zeit hatte zu verschwinden. Schon die gewöhnliche Legitimationswirkung der Marke, die man doch unbedingt braucht, läßt sich nur bejahen, indem man sich in Widerspruch setzt zu dem Gesetz; denn die Bestimmungen der §§ 793, 807, 808, unter deren keine die Garderobemarke fällt, bestimmen unzweifelhaft als Ausnahme vom gewöhnlich Geltenden, daß der Schuldner auch durch Leistung an den Nichtberechtigten frei wird. Diese Bestimmungen können deshalb nicht ausgedehnt werden. Aber das Berliner Urteil geht noch weiter; der Schuldner hat nicht an den durch die Marke legitimierten falschen Gläubiger geleistet, sondern an einen gänzlich Unlegitimierten. Trotzdem läßt die übrigens meines Erachtens wohl sicher sachlich richtige Entscheidung den Gläubiger den Schaden tragen. Das ist ganz gewiß eine Abweichung von dem allgemeinen Satz, daß man nur durch Zahlung an den richtigen Gläubiger frei wird. Die Annahme besonderer Vereinbarungen wäre die reine Fiktion und eine Herleitung der Entscheidung etwa aus § 324, durch den andern Teil verschuldete Unmöglichkeit, weil dieser nach Hingabe der Marke nicht genügend aufgepaßt hatte — wäre eine reine petitio mit den Worten „zu vertreten hat".

Die Beispiele lassen sich beliebig vermehren, ich erinnere nur noch an die fingierten Verträge zur Begründung des Schadensersatzes.[1] Da aber bei allen derartigen Entscheidungen eine logische Herleitung, besser oder schlechter, irgendwie versucht wird, und da das Bestimmtwerden durch eine ratio sufficiens cognoscendi ein rein interner psychologischer Vorgang ist, kann man schließlich da, wo eine logische Brücke, wenn auch mit dem luftigsten Material, überhaupt gebaut wird — und nicht, was heute immerhin schon vorkommt, das Schöpfen aus der Zweckmäßigkeitserwägung offen zugegeben wird —, das Vorliegen einer nicht aus dem überlieferten Recht

[1] Vgl. Otto Mayer, Die Entschädigungspflicht des Staats nach Billigkeitsrecht S. 19: „An die Wahrheit eines solchen Vertrags zu glauben, ist für den Juristen keine leichte Sache; aber die Billigkeit ist eine rücksichtslose Gebieterin."

geschöpften Entscheidung immer verneinen. Man kann dazu von unserm Standpunkt nur sagen; man suche sich mit nur einiger Ehrlichkeit gegen sich selbst darüber klar zu werden, ob sie, die logische Herleitung, für die Richtung eines vorliegenden konkreten Urteils wirklich der ursprünglich bestimmende Grund war oder ob sie erst später hinzugekommen ist, nachdem die Richtung des Urteils schon vorher festlag; in welchem Falle eben die Entscheidung nicht aus dem überlieferten Recht und damit gerade für die positivistische Quellenlehre gegen das überlieferte Recht ist, weil jene Modifikation eben nicht in ihm enthalten, daher nach ihm anders zu entscheiden war.

Schließlich aber ist uns der Umstand, ob die Tatsache der Rechtsänderung in jenen Fällen zugegeben wird oder nicht, auch nur von polemischer Bedeutung; denn freilich von dem Standpunkt derjenigen, die eine Revision der Rechtsquellenlehre erstreben und gerade damit zu einen festeren Boden — und keineswegs zur freien Rechtsfindung — zu gelangen hoffen, liegt ja bei vielen der gebrachten Beispiele eine wirkliche Änderung des positiven Rechts nicht vor. Denn gerade von diesem Standpunkt aus müssen wir eine Unterscheidung machen, nämlich unter diesen zwei Gruppen unterscheiden; gerade von dem hier aufgestellten Geltungsgrund des positiven Rechts aus, daß die positive Entscheidung auch eine Entscheidung ist nach dem, was als Recht, was als richtig empfunden wird, daß sie aber gefunden ist nicht in isolierter Betrachtung des Falles, sondern indem das urteilende Subjekt das Abweichen von einem bisher geübten Verhalten der Rechtsgenossen zueinander als Verletzung gegenüber dem an der Beibehaltung Interessierten empfindet. Gerade von einer Auffassung aus sagen wir, der das Positive im betonten Sinne nichts anderes ist als der Ausdruck der geschichtlichen Natur des Menschen — wie man ja positiv und historisch gelegentlich synonym gebraucht — muß man eine Unterscheidung machen zwischen der eigentlichen und ursprünglichen Form dieser historischen Kontinuität des Rechtsempfindens und der künstlichen juristischen Form derselben, welche durch das Gesetzesrecht dargestellt wird; wenn nämlich die Bestärkung, der Anhalt für das subjektive Rechtsempfinden, welche das positive Recht bedeutet, nicht in einem bestimmten, in der Vergangenheit verwirklichten Verhalten dieser sozialen Gemeinschaft besteht, sondern nur in der Aussprache der maßgebenden sozialen Organisation über das, was Recht sein soll. Mit diesem wichtigen Unterschied hängt es zusammen, das gegenüber einem neuen Gesetz jene Erwägung des relativ geringeren Unrechts bei Vernachlässigung der positiven Norm sich, wie es der Fall zu sein scheint, leichter durchzusetzen vermag, weil eben in diesem Fall tatsächlich das Nichtbefolgen der Regel einen Verstoß

gegen die Kontinuität noch nicht bedeutet. So angesehen, ist das zwar im neuen Rechtszustand zweifellos nicht quellenmäßige Durchdringen der exceptio doli „von Gottes Gnaden" tatsächlich eher eine Wahrung der Kontinuität als ein Verstoß dagegen. Auch die Schöpfung der positiven Vertragsverletzung und die Weigerung der Praxis, die neugeschaffene Abnahmepflicht wirklich der Zahlungspflicht des Käufers gleichzusetzen, ist tatsächlich mehr nur eine Korrektur offenbarer technischer Mißlungenheiten des unorganisch entstandenen positiven Rechts. Dagegen sind die mannigfach, besonders im französischen Rechtsgebiet ergangenen Urteile, die eine außerkontraktliche Schadensersatzpflicht auch ohne Schuld statuierten und die, — für sich betrachtet, erklärlich waren angesichts der Häufung rein kasueller Schädigungen infolge der maschinellen Entwickelung, — ebenso die Ausbildung des Legitimationscharakters gewisser Papiere, hervorgerufen durch die im modernen Verkehr bei gewissen Gelegenheiten auftretende Notwendigkeit der Massenabwickelung von Rechtsgeschäften in kurzer Zeitspanne — auch von unserem Standpunkt aus Neubildung von geltendem Recht in Abweichung vom überlieferten Recht; und diese Neubildungen haben allerdings, obwohl sie das kommende Recht richtig wiesen, wie die spätere Entwickelung — Haftpflichtgesetz, Gefährdungshaftung — gezeigt hat, in jener Übergangszeit relative Verletzungen der Gegenseite bedeutet; welche Verletzungen durch die frühzeitige Herstellung der formellen Kontinuität, wie es in Preußen durch das Eisenbahngesetz geschah, vermieden werden und immer möglichst vermieden werden sollten, soweit eben die Erkenntnis und damit die Möglichkeit der begrifflichen Festlegung der sich ändernden Verletzungsempfindung schon so weit nachgekommen ist.

Aber der Streit, ob Erscheinungen dieser Art Rechtsänderung sind[1] oder Lückenergänzung oder was sonst, ist schließlich unfruchtbar, weil er nur die Folge ist der prinzipiellen Stellungnahme; was wir für unsere Ausführungen brauchen, ist nur das Zugeständnis, daß nicht alle Urteile Folgerungen aus positiven Rechtssätzen sind, daß Lücken des positiven Rechts sich im praktischen Rechtsleben fühlbar machen. Ich glaube nun, man darf heute behaupten,[2] das Dogma von der Lückenlosigkeit oder logischen Geschlossenheit des Rechts oder von der Quellenmäßigkeit aller Entscheidungen ist erledigt.[3] Zwar

[1] Krauss, Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 32. „Das Faktum einer solchen Rechtsprechung wider das Gesetz steht außer Zweifel."

[2] Was schon 1872 Adickes auf das bestimmteste formuliert hat, a. a. O. S. 9.

[3] Vergl. neuerdings die vorzüglichen Ausführungen von Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik Bd. 22.

besitzen wir noch nicht ein der Méthode d'interprétation usw. von GENY entsprechendes Werk; aber ich glaube, für unseren heutigen Rechtszustand ist ein so reiches Material gar nicht nötig, um die Tatsache zu beweisen, daß Lücken in unserem Rechtszustand empfunden werden. Ob das nun wirklich nur in unserer Unkenntnis seinen Grund hat, wie BERGBOHM in Jurisprudenz und Rechtsphilosophie behauptet, ist sekundär, da jedenfalls der Umstand des mangelhaften Bekanntseins aller Beteiligten mit diesem in sich lückenlosen und logisch vollendeten Rechtsganzen zurzeit nicht zu beheben ist; und auch nach unserer Auffassung hat ja allerdings diese Lückenhaftigkeit des positiven Rechts ihren Grund darin, daß eben nicht alles Recht erkannt ist; nur daß das unserer Überzeugung nach niemals anders sein kann; und nicht etwa nur wegen der Mangelhaftigkeit menschlichen Wissens, sondern wegen der Art unseres Phänomens, welches gerade nach der historischen Erkenntnis[1] in steter Entwickelung und Veränderung befindlich ist, und daher niemals restlos in Begriffen fixiert sein kann.

Diese Annahme übrigens, daß alles schon erkannt und in Begriffen überliefert sei, so daß alle neue rechtliche Erkenntnis lediglich auf deduktivem Weg zu gewinnen sei; diese Annahme und die damit gegebene Mißachtung der empirischen Weiterbildung waren allerdings Eigenheiten, die die Bezeichnung der Jurisprudenz „als letzte überlebende Tochter der Scholastik" (KUHLENBECK) nicht ganz ungerechtfertigt erscheinen lassen. Wenn die neue Rechtsquellentheorie sagt, „daß das Recht nicht ein abgeschlossenes vollständiges System abstrakter Rechtsregeln ist, sondern aus Einzelentscheidungen besteht" (EHRLICH, freie Rechtsfindung usw. S. IV), so heißt das in dieser Richtung, daß in sehr vielen Fällen das, was Rechtens ist, nicht aus dem überlieferten Vorrat von abstrakten Sätzen darüber deduktiv ermittelt werden kann, sondern durch neue Einzelbeobachtung ermittelt werden muß. Man hat mehrfach von einer inneren Doppelheit jeder Rechtsordnung gesprochen,[2] und historische Erscheinungen wie Volksrecht und Amtsrecht, common law und equity, ziviles und prätorisches Recht deuten auf derartiges hin.[3] OTTO

[1] Weshalb die positivistische Lehre „ihrer Grundanschauung vom Wesen der Rechtsentwicklung untreu wurde", KRAUS a. a. O. S. 3.

[2] Was KOHLER im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 24 S. 185 und im Lehrbuch als ein Hauptbeispiel dafür in unserem Recht anführt, — das Institut der Verschollenheit, er nennt diese Doppelheit hier Aushilfsrecht und Publizitätsrecht — gehört meines Erachtens nicht zu diesen Erscheinungen.

[3] Unser Quellenmaterial reicht wohl nicht genügend weit zurück, daß wir den merkwürdigen Bedeutungswandel des Begriffs jus gentium in der römischen Rechtsgeschichte genügend aufzuhellen vermöchten; man kann deshalb nur als Vermutung die Ansicht äußern, daß diese Wandlung — zuerst positives Recht anderer Völker,

BÄHR — und das Zeugnis eines so hervorragenden Praktikers ist uns hier besonders wertvoll; denn merkwürdigerweise sind es gerade die Praktiker, die sich am heftigsten gegen eine Revision unserer Rechtsquellentheorie wehren; indem sie offenbar dem Grundsatz huldigen, handelt nach meinen Worten aber nicht nach meinen Werken — OTTO BÄHR drückt sich einmal folgendermaßen aus (Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 10): „Es wird in unserer gesamten Rechtswissenschaft nicht genügend Gewicht gelegt auf die Unterscheidung zweier Bestandteile unseres Rechts, die, wenn auch eine völlig scharfe Trennung derselben nicht durchführbar ist, doch eine durchaus verschiedene Natur haben. In unserm Recht sind zu unterscheiden einerseits diejenigen Regeln, welche einen positiven in sich abgeschlossenen Rechtssatz aufstellen, und andererseits diejenigen Regeln, welche eine solche positive Natur gar nicht beanspruchen, weil sie das Ziel, das ihnen vor Augen schwebt, damit nicht erreichen können. Dieses Ziel ist kein anderes, als dasjenige auszusprechen, was in der Natur der Dinge liegt. Es sei gestattet, jene Regeln positives, diese wissenschaftliches Recht zu nennen." Unser Gesetzbuch hat nun bekanntlich an einer Reihe von Stellen den

---

in welcher Bedeutung es noch direkt einen Gegensatz bildet zum jus naturale; Ulpian, Dig. 1, 1; l. 4; dann Recht, das bei allen Völkern gleichlautend gilt, und schließlich Recht, das die Natur selbst den Menschen und selbst den Tieren eingepflanzt hat — für unsere Untersuchungen sehr instruktiv wäre. Der Einfluß des historischen, überlieferten positiven Rechts, — als welches nur der Ausdruck der Tatsache ist, daß das Individuum, auf dessen Subjektives jede rechtliche Entscheidung zurückgeht, in einem bestimmten historischen und sozialen Zusammenhang lebt und für jenes Urteil Anschluß sucht in den Erfahrungen der vorangegangenen und mitlebenden anderen Glieder seines Rechtskreises — mußte da leicht zurückgedrängt werden, wo der betreffende Rechtsunterworfene, als Peregrine, außerhalb seiner überindividuellen Zusammenhänge lebte und von Fremdnationalen Recht nehmen mußte.

In der Polemik gegen den Rationalismus hat SAVIGNY, wohl zuerst (?) den Ausdruck Individualismus auch in zeitlichem Sinne gebraucht; er spricht (Rezension von GÖNNER) von geschichtlichem Egoismus als von einem Bestreben, die Neuzeit von der geringgeschätzten Vorzeit zu isolieren. Individualismus wäre also eine Auffassung, welche die Fäden negiert und zerstören will, die das Individuum verbinden, einmal in der Gegenwart, mit den andern Individuen seines Gemeinschaftslebens, aber auch mit den Individuen vergangener Generationen, in deren Wirkungsreihe er sich eingliedert. Mit diesem Begriffe von Individualismus ergibt sich, nebenbei bemerkt, daß die zwei Arten von juristischen Personen unseres Gesetzbuches eine durchaus erschöpfende Einteilung der überindividuellen Rechtskreise darstellen. Ein überindividueller Interessenkreis liegt dann vor, wenn eben eine Mehrzahl von Individuen ihnen gemeinsame Interessen verfolgen (Verein); es kann aber auch das Überindividuelle in einem rein Zeitlichen liegen, indem der Wille eines Individuums, der an sich mit dessen natürlichen Dasein untergehen würde, durch künstliche Schöpfung der Rechtsordnung dauernd gemacht wird, und auf diese Weise überindividuelle Zweckverfolgungen geschaffen werden.

Richter direkt auf diesen Weg hingewiesen; innerhalb des durch jene Gesetzesstellen bezeichneten Rahmens ist natürlich die Urteilsfindung nach zweckmäßigem usw. Recht, aus der Verletzungsempfindung heraus, auch dem positiven Rechte gemäß und daher hier jene innere Doppelheit nicht vorhanden. Im übrigen ist aber das als zweckmäßig Erkannte, das wissenschaftliche usw. Recht als solches noch nicht geltendes Recht. Die Brücke aber von jenem zu diesem ist die einzelne Entscheidung; und damit kommen wir wieder zur hauptsächlichen Aufstellung dieser Untersung. Das Recht besteht aus Einzelentscheidungen; das einzelne Urteil aber hat immer zum Inhalt, daß dies oder das hier Rechtens sei; d. h. es spricht sich aus über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer konkreten Verletzung; und wenn der Richter einen solchen Spruch fällt gemäß der überlieferten Rechtsregel — ohne deren Vorhandensein er anders entschieden hätte — so heißt das nur, daß er hier die Richtung seiner vorzunehmenden Zwangsreaktion durch Vergleichung mit dem bisher in solchen Fällen beobachteten Verhalten durch Subsumtion ermittelte; nicht aus jener obersten Grundlage allen rechtlichen Urteilens für diesen einzelnen Fall gefunden hat. Aber da auch das so ermittelte Urteil ein Urteil bleibt über das, was Rechtens ist, so bleibt jene psychologische Grundaktion — oder die Erwägung der Zweckmäßigkeit, Angemessenheit, Gerechtigkeit usw. dem Einzelurteil immer inhärent.

Der Gegensatz jener beiden Arten von Recht innerhalb einer Rechtsordnung ist also nur der, daß bei der einen Art die Frage, was Verletzung ist, gemäß der Überlieferung entschieden wird; bei der andern Art für diesen Fall neu ermittelt wird.

Und dazu sind schließlich nach zwei Richtungen hin noch besondere Verwahrungen zu machen; gegenüber Ausstellungen, die man zum Teil berechtigterweise an gewissen Formulierungen der neuen Auslegungstheorie gemacht hat.

Die Bindung durch das positive Recht wird bei dieser Auffassung seines Wesens nicht geschwächt, sondern vielmehr gestärkt, indem ihr inhaltlicher Grund gezeigt wird. Das überlieferte Recht hat nicht nur die Autorität der Überlieferung überhaupt, daß sich in ihm die Erfahrung der Geschichte und der vorangegangenen Generationen verkörpert über das Maß des „ethischen Minimums"; so hoch man diese Autorität auch bewerten mag;[1] sondern mit der Tatsache

[1] Deren inneren Grund man nicht besser bezeichnen kann als mit den Worten von Taine, Entstehung des modernen Frankreich, 1. Bd. Die alten Gewalten, Übersetzung von Katscher S. 256. „Wenn man die Tradition genau betrachtet, so findet man, daß ihre Quelle gleich der der Wissenschaft in einer langen Reihe von Erfahrungen besteht. Nach einer Menge von schwankenden Versuchen sind die Menschen dahin gelangt, zu fühlen, daß eine bestimmte Art zu leben oder zu denken, sich allein für

des Sichdurchsetzens, in demselben Maß, wie es für breitere Kreise der Rechtsgenossen erkennbar sich durchsetzt, gewinnt es eine neue selbständige inhaltliche Legitimation, weil nun die bloße Abweichung von diesem Modus eine materielle Verletzung ist; wie oben des näheren zu zeigen versucht wurde.

Wenn man gesagt hat, die Einzelentscheidungen sind das jus quod est, und die regula nur die Abstraktion davon, so ist das ja an sich und ursprünglich richtig; aber wenn EHRLICH so formuliert: „Es beruhen daher nicht die Entscheidungen auf den Rechtsregeln, sondern die Rechtsregeln werden aus den Entscheidungen gezogen", so trifft das, nachdem die regula Positivität erlangt hat, nicht mehr zu. Wenn dieser große juristisch-technische Fortschritt einmal gemacht ist — den nach der allgemeinen Meinung die deutsch-mittelalterliche Rechtsprechung durch die Schöffen noch nicht kannte, denen also das überlieferte Recht nur gewiesen wurde als Material zur Bildung der eigenen subjektiven Rechtsüberzeugung — so wird nun die regula das logische Prius und inhaltlich Bestimmende für die Einzelentscheidungen, weil die Verletzungsempfindung, auf die jede Einzelentscheidung zurückgeht, sich nun nach der regula bestimmt. Der Irrtum der alten Rechtsquellentheorie war nur der, daß es für alle Einzelentscheidungen solche regulae gebe.[1] Freilich ist mit dieser Begründung des positiven Rechts und seiner Zurückführung auf die psychologische Grundaktion doch auch gesagt, daß diese das Oberste bleibt und jene positive Regeln nur Mittel sind zu diesem Zweck. Daher ist da, wo die Befolgung der regula eine Verletzung des Gegenübers bedeuten würde, die schwerer wiegt als die Verletzung,

ihre Lage eigne und am nützlichsten und praktischsten sei. Das Regiment oder das Dogma, das uns heute als willkürliches Übereinkommen erscheint, war einst eine anerkannte Maßregel zum öffentlichen Heile, und häufig ist es das noch heute ... im allgemeinen läßt sich sagen, daß ein Gebrauch, je allgemeiner und älter er ist, auf desto tieferen physiologischen, hygienischen, polizeilichen Motiven beruht."

[1] Ich habe einer ähnlichen wie der EHRLICHschen Formulierung, „Was ist schließlich eine Regel des positiven Rechts anderes als ein Versuch der Verallgemeinerung, der Begriffsbildung aus einem wiederholten sozialen Handeln", wenigstens hinzugefügt „allerdings ein gleichzeitig als solches befohlenes Handeln" (in „Von der logischen Geschlossenheit des Rechts" 1900). Was dieser Zusatz im Auge hatte, glaube ich nun mit dem Obigen schärfer sagen zu können; „befohlen" trifft zunächst nicht für Gewohnheitsrecht zu und auch für Gesetzesrecht ist es recht zweifelhaft, ob man sagen kann, die Befolgung sei befohlen, der Richter ist nicht an Weisungen gebunden usw. Die Bindung beruht also darauf, daß die Abweichung von dem Verhalten, welches das Gegenüber erwarten kann, weil diese soziale Gemeinschaft es bisher beobachtet hat oder sich generell für seine Beobachtung ausgesprochen hat, als die Verletzung des Gegenübers empfunden wird.

Und damit hat das positive Recht den triftigsten Geltungsgrund, den es haben kann, nämlich denselben wie das „richtige Recht" und das Recht überhaupt.

welche die Nichtbefolgung der positiven Norm immer gegenüber dem anderen Beteiligten bedeutet, in concreto Rechtens nicht die Befolgung, sondern die Nichtbefolgung, d. h. die Vermeidung der inhaltlich schwereren Verletzung.

Aber — und das ist die weitere wichtige Verwahrung gegenüber der „freien" Rechtsfindung und „freirechtlichen Bewegung" — diese Neuermittelung des konkreten Rechtes, sowohl die ausnahmsweise Art der Ermittelung aus der relativ geringeren Verletzung, also unter Abweichung vom positiven Recht, als auch die normale Art der Neuermittelung von Recht aus der inhaltlichen Verletzung, die lediglich in Ergänzung des positiven Rechts und seiner Lücken erfolgt, stellen allerdings schließlich die Entscheidungen auf das subjektive Empfinden des Richters;[1] aber damit — weil das Ideal der Aufklärungszeit, oder auch des Absolutismus, nicht erreichbar war, nämlich den Richter zur Maschine zu machen — ist noch nicht das andere Extrem gegeben, daß er frei, d. h. willkürlich so oder so entscheiden könnte. Seine Entscheidungsrichtung ist vielmehr bedingt und ihm vorgeschrieben eben durch jene Empfindung, die um deswillen, weil ihr Zustandekommen nicht begriffsmäßig aufzulösen ist, doch nicht eine zufällige und willkürliche ist. Der Einzelne ist, auch wo er nicht an äußerlich mitteilbare Formen seiner Sozialpsyche gehalten ist, doch durch Abstammung, Erziehung und Einflüsse der Mitlebenden ein Produkt und Teil dieser Sozialpsyche.

Dieser Zusammenhang jenes subjektiven Einzelergebnisses mit dem rechtlichen Vorstellungskomplex dieser sozialen Gemeinschaft und damit die Bedingtheit der Entscheidungsrichtung ist freilich eine losere als die des positiv begründbaren Urteils. Und darum ist die begriffliche Überlieferung dessen, was Rechtens ist und die damit an sich noch nicht gegebene, aber sich sofort daran anschließende möglichste Ausdehnung des Gebiets der Positivität das juristisch-technisch Erstrebenswerte ist; es ist der eigentliche Fortschritt der Rechtskultur, denn ob in der „Tugend der Gerechtigkeit" die Menschheit Fortschritte macht, ist recht zweifelhaft.[2]

Man (Ehrlich, Kantorowicz) wird vielleicht sagen, es sei Wortstreit, wenn sich auch der gegen den Ausdruck freies Recht wende, der doch zugibt, daß in diesen Fällen der nicht nach der positiven Regel gefundenen Entscheidung der Richter schließlich nur subjektiv kontrolliert ist, also von nichts außer ihm äußerlich abhängig ist. Der Einwand wäre aber nicht begründet; denn selbst bei der Entscheidung nach positivem Recht ist der Richter, da dieses positive

[1] „Das Rechtsbewußtsein als Rechtsquelle", Radbruch a. a. O. S. 367.

[2] Welcher Fortschritt der Rechtskultur, wie es scheint, parallel geht mit dem Auftreten autoritärer Weisung des Rechts für die Rechtsprechenden.

Recht eben die Einzelbefehle nicht enthält, auch fast nur subjektiv kontrolliert, vgl. oben die Texteinschiebung S. 23.

Die Absicht dieser Untersuchung war gerichtet auf das Tatsächliche der Wirksamkeit des positiven Rechts und des richterlichen Verhaltens ihm gegenüber; sie ging also dabei von einer Auffassung aus, die sich in der veränderten Stellung der zweiten Kommission gegenüber dem Gewohnheitsrecht und in den sich daran knüpfenden Aufstellungen über die Bedeutung des tatsächlichen Sichdurchsetzens für die Geltung ankündigt; daß nämlich die Grundsätze über die Bindendheit des Rechts nicht selber wieder einen Teil des materiellen Rechts bilden, sondern dessen Voraussetzung. „Man darf", sagt Bruns in Holtzendorffs Enzyklopädie 2. Aufl. S. 317, „den Begriff des positiven Rechts nicht auf die Vorschrift der Staatsgewalt über das, was sie als Recht beobachtet wissen will, stellen." Es braucht von dieser Auffassung aus nicht näher darauf eingegangen, darf aber darauf hingewiesen werden, daß die hier vertretene Meinung über die Stellung des Richters zum Gesetz meines Erachtens jedenfalls auch nicht in Widerspruch steht mit irgendwelcher Bestimmung unseres positiven Rechts, von denen in Betracht kommen der § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes, der § 839 des B.G.B. und die §§ 334, 336 des St.G.B. und eventuell die Formel des Richtereides.

Was schließlich die Behauptung betrifft, daß die Forderung der Quellenmäßigkeit aller Urteile mindestens als Postulat, und so gut es gehe eben aufrecht erhalten werden müsse, weil nur durch sie die notwendige Objektivität, Sicherheit und Berechenbarkeit der Rechtsprechung erreicht werden könne, so liegt ja an sich ein solches Argument de lege ferenda ebenfalls außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung; es sei hier nur soviel darauf erwidert, daß eben so ziemlich das Gegenteil von jener Behauptung richtig ist. Es kann hier nicht mehr näher ausgeführt werden, daß die „Zufallsprodukte der juristischen Konstruktionskunst", wie Otto Mayer sich ausdrückt, ja viel willkürlicher und unberechenbarer sind als die Produkte auch des souveränsten Ex-aequo-et-bono-Urteilens, das doch immer eine Anlehnung suchen wird in dem Billigkeitsempfinden anderer. Es sei auch nur darauf hingewiesen, ob denn die in die Herrschaftszeit jenes Dogmas fallenden unzweifelbaren Beeinflussungen des geltenden Rechts durch die Aufstellung gewisser Theorien (vgl. oben Otto Bähr) oder auch durch ein einzelnes Buch und seine vielleicht nur partielle dann wieder abgelehnte Wirkung (Windscheids Voraussetzung) wohl als ein Rechtszustand zu betrachten sind, der jene Sicherheit usw. auch nur in einem leidlichen Maße aufweist. Auch die Frage sei gerade nur gestreift, ob denn so ganz allgemeine und auf die letzten Grundlagen zurückverweisende Sätze eines positiven Rechts, wie der Satz, daß man schadensersatzpflichtig werde, wenn man das Recht eines

andern verletzt (§ 823 B.G.B.) — welches Recht eben gerade in den schwierigsten Fällen, so beim Anlieger des öffentlichen Wegs nur darin besteht, ob man Schadensersatzpflicht hier entstehen läßt oder nicht — ob denn, fragen wir, ein solcher Satz, der sich doch auch wieder nicht als ein offizieller Verzicht auf technische Formen gibt, irgendwelche Weisung oder Bindung für den Richter in concreto überhaupt logisch enthält. Nur auf folgende kleine Illustration zur logischen Festgelegtheit der Rechtsprechung durch ein ganz neues und gewiß sorgsam gearbeitetes Gesetz möchte ich noch hinweisen. Eine münsterische Doktordissertation erwähnt nebenbei, daß man den von Bazillen Infizierten nicht als Tierhalter betrachten könne, weil man sagen müsse: ἔχομαι, οὐκ ἔχω.[1] Auf dem Kieler Juristentage, auf welchem die Tierhalterfrage bekanntlich reichlich erörtert wurde, nahm einer das gesprächsweise und im Scherz auf; außerdem hätten die herausgehusteten Tuberkeln auch nicht die consuetudo revertendi, und deshalb bestehe in dem Augenblick der Infektion anderer jedenfalls keine Tierhaltung mehr; ein anderer wandte nun gegen diese Haftung ein, daß es sich um eine mechanische Schädigung, durch Muskelbewegung des Tieres, handeln müsse; bei den Tuberkelbazillen vollziehe sich aber die Krankheitserregung nicht in dieser Weise, soweit man wisse usw. Jedenfalls befand man sich, zum großen Erstaunen der ursprünglich Beteiligten, plötzlich in einer ernst gemeinten Erörterung der Frage, ob der Tuberkulöse, an dem sich andere infiziert hätten, als Tierhalter im Sinne des § 833 verantwortlich gemacht werden könne.

Nun frage ich einen Menschen: daß man überhaupt an die Möglichkeit denkt, eine Haftung des Tuberkulösen für seinerseits gänzlich unverschuldete Weiterübertragung der Infektion — für welche Haftung wahrscheinlich, so grausam sie wäre, ein fanatischer Hygieniker beachtliche legislatorische Gründe anführen könnte, deren Einführung aber doch auf alle Fälle eine äußerst einschneidende und neue Maßregel wäre — auf diese taschenspielerhafte Weise begründen zu können, aus einem neuen Gesetz, dessen Materialien und Zustandekommen noch völlig vor Augen liegen, zu dessen Erlaßzeit die betreffende Tatsache längst bekannt war;[2] ich glaube, daß man auch bei den allerweitesten Formulierungen der Rechtsquelle des Rechts-

[1] Tapper, Haftung für Tierschäden 1904 S. 41. Vgl. Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters S. 112. Daß „bezüglich niederer parasitär im Menschen lebender Tiere" „eine Ersatzpflicht aus § 833 schon mangels eines passiv Legitimierten niemals in Frage kommen kann."

[2] Auch bezüglich der natürlich anders liegenden Haftpflicht desjenigen, der Bazillenkulturen unterhält, scheint mir der Standpunkt Enneccerus-Lehmanns, Bürgerliches Recht Bd. I S. 782, der ihre Herleitung aus § 833 ablehnt, der richtige. A. M. Planck.

bewußtseins, Rechtsgefühls, aus der Billigkeit, aus der Gerechtigkeit usw. niemals zu so unberechenbarem Recht kommt als hier durch logische Behandlung einer positiven Gesetzesstelle. Man versuche sich die Gefühle des Rechtsuchenden — STAMPE weist mit Recht auch auf diesen Gesichtspunkt gegenüber den dialektischen Kunststückchen in der Urteilsbegründung hin — einmal zu vergegenwärtigen, der in solcher Lage, als Tuberkulöser, von dem sich jemand infiziert hat, erfahren muß, er sei unter demselben Gesichtspunkt verurteilt worden wie der Nachbar, dessen stößiger Bulle jemand verletzt hat.

Nach EHRLICH (freie Rechtsfindung S. 3) wäre „der Grundsatz, daß eine jede Entscheidung sich aus den bereits festgelegten Regeln des geltenden Rechts ergeben muß," erst mit der Rezeption aufgekommen. RADBRUCH hat auf den Zusammenhang aufmerksam gemacht, der zwider MONTESQUIEUschen Gewaltenteilungslehre und jenem Grundsatz besteht. Sicher ist ja, daß er in dieser schärfsten Form nicht immer behauptet worden ist; — man kann nicht sagen, nicht immer gegolten hat; denn tatsächlich gegolten hat er im Grunde nie. Aber dieser Grundsatz ist auch nur die schärfste Aussprache eines Prinzips, das sich in minder extremen Formen bei allen rechtlichen Entwickelungen feststellen läßt. IHERING spricht von dem Gesetz der logischen Sparsamkeit als einem Grundgesetz der juristischen Technik;[1] daß der zum Finden von konkretem Recht Berufene auf jede mögliche Weise die neuen Bedürfnisse mit den überlieferten Mitteln zu bestreiten suche. Selbst aus der römischen Rechtsentwicklung kennen wir trotz jener noch von keiner andern Rechtsordnung — wenigstens von keiner Rechtsordnung entsprechender Kulturstufe und damit entsprechender Ausbildung des positiven Rechts — erreichten Freiheit der Jurisdiktionsmagistrate typische Erscheinungsformen jenes Gesetzes; wie die Fiktionen und fiktizischen Klagen, die Formeln mit subjektiver Umstellung, die actiones in factum conceptae und utiles. Also selbst der prätorische „Gerichtsherr", dem das überlieferte Recht keineswegs mit dem Anspruch auf Vollständigkeit und logische Geschlossenheit gegenüberstand,[2] kommt doch, weil das supplere und adjuvare unabweislich auch zum corrigere führte und er dabei doch die Gefahr lief, „nach Rücktritt von seinem Amt wegen Bruch

[1] IHERING, Geist des römischen Rechts Bd. 3 1. Abt. 4. Aufl. S. 244.

CARLYLE, The French Revolution; 3. Bd. Buch 2 Kap. 5 ... to stretch out the old Formula and Law Phraseology, so that it may cover the new, contradictory, entirely uncoverable Thing?

Whereby the poor Formula does but crack and one's honesty along with it! ... This of stretching out Formulas till they crack, is, especially in times of swift change, one of the sorrowfullest tasks poor Humanity has.

[2] l. 1. pr. D. 2, 2; qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem jure uti debet.

des Volksrechts in Anklage versetzt zu werden", zu Erscheinungen so eigentümlicher Art wie dem nudum jus Quiritium gegenüber dem in bonis habere, oder dem heres, dem ein bonorum possessor cum re gegenübersteht; Gebilde, die doch nur und in wirklich etwas zu durchsichtiger Weise die Täuschung aufrecht erhalten wollen, daß das neue Amtsrecht nicht in Widerspruch stehe zu dem alten Volksrecht. Also auch diese beweglichste Rechtsbildungsform, die wir kennen, zeigte jenen konservativen Grundzug der Rechtsentwicklung, daß das Neue sich nur unter äußerstem Widerstand des Überlieferten und vielfach dann auf Kosten der Ehrlichkeit und der Logik gegenüber dem Alten durchzusetzen vermag. Dieses zähe Haften des Rechts an der Überlieferung wird meist von der negativen Seite betrachtet; aber der so spricht, ist, wie man richtig gesagt hat, der Geist, der stets verneint, der den Schüler verwirren will. Wir wissen, daß dieses Forterben der Modi und Formeln, in denen die soziale Erfahrung der Gattung niedergelegt ist, eben der Ausdruck ist der Stetigkeit der Kulturarbeit und der historischen Natur des Menschen, der nicht als ein isolierter lebt, sondern als ein Glied und Bestandteil seiner sozialen und historischen Zusammenhänge. Aber auch das hat uns die historische Betrachtung gelehrt, daß das Material jener Modi und Formeln in ewigem Flusse und steter Veränderung begriffen ist und daß darum jede Zeit die Aufgabe hat, einen Teil dieser Modi umzubilden und neue Formeln zu schaffen; daß vor allem niemals alles Recht in abstrakten Sätzen erkannt ist, sondern daß die ursprüngliche Aufgabe der Rechtsermittelung aus der konkreten Verletzung auch auf den höchst entwickelten Kulturstufen in immer neu gestellten Problemen an die Rechtsprechung herantritt. Niemals wird die Vergangenheit der Gegenwart diese Aufgabe abnehmen können; wenn auch diese immer geneigt ist, sich selber als den Abschluß der Entwicklung zu betrachten und damit außerhalb dieser zu stellen; welches höchst unhistorische Unternehmen merkwürdiger-, wenn auch nicht unerklärlicherweise gerade die Zeit des eifrigsten historischen Studiums und damit auch der vertieften Erkenntnis vom historischen Wesen des Rechts am radikalsten versucht hat.

**Reinhard Frank**
**Tübingen.**

# Über den Aufbau des Schuldbegriffs.

## 1.

So verschiedenartig die Schuld in der modernen Rechtswissenschaft aufgefaßt wird, so einig ist man darüber, daß sich ihr Wesen in der psychischen Beziehung zu einem bestimmten Etwas oder in der Möglichkeit einer solchen Beziehung restlos erschöpft. Die Frage, ob der Zielpunkt der psychischen Beziehung etwas Rechtliches oder etwas Tatsächliches ist, kann vorläufig offen bleiben. Auch kommt es zunächst nicht darauf an, ob die psychische Beziehung selbst als Wille oder als Vorstellung gedacht werden muß. Die Hauptsache ist die Beschränkung des Schuldbegriffs auf die Innenseite. In diesem Sinne definiert Löffler[1] die Schuld als „den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen", und ebenso bestimmt sagt Kohlrausch[2]: „Schuld im Sinne des Strafrechts ist diejenige subjektive Beziehung, in welcher ein schuldfähiger Täter zu seiner Tat gestanden haben muß, um für diese strafrechtlich verantwortlich gemacht werden zu können".

Einen abweichenden Standpunkt nimmt allerdings v. Liszt ein. Nach ihm ist Schuld Verantwortlichkeit für die begangene rechtswidrige Handlung.[3] Dem liegt aber eine Verwechselung von Tatbestand und Rechtsfolge zugrunde. Auf die Frage: wann ist der Mensch für sein Verhalten strafrechtlich haftbar? antwortet die Wissenschaft: wenn sein Verhalten ein schuldhaftes ist. Auf die weitere Frage: wann ist sein Verhalten schuldhaft? erhalten wir von v. Liszt die Auskunft: wenn der Mensch dafür verantwortlich ist. Das ist ein offenbarer Zirkel. Wir wollen ja gerade wissen, an

[1] Die Schuldformen des Strafrechts (1895) S. 5.

[2] Irrtum und Schuldbegriff (1903) S. 1. Vergleiche außerdem Beling, Die Lehre vom Verbrechen (1905) S. 141, Miricka, Die Formen der Strafschuld (1903) S. 11.

[3] Lehrbuch § 36. — Die gleiche Auffassung vertrat Köstlin, der in seinem System des deutschen Strafrechts (1855) § 57 die Schuld bestimmte als „das Maß der Verantwortlichkeit eines Zurechnungsfähigen für die durch seine freie Kausalität hervorgebrachten Veränderungen in der Außenwelt".

welchen Tatbestand das Recht die Verantwortlichkeit knüpft. Ferner! Träfe Liszts Definition zu, so wäre Verantwortlichkeit ohne Schuld überhaupt nicht denkbar, und der so schön aufgebaute Unterschied zwischen den Prinzipien der Schuldhaftung und der Erfolgshaftung fiele in sich zusammen.[1] In der neuen Auflage seines Lehrbuchs hat denn auch v. Liszt seinen Standpunkt bis zu einem gewissen Grade geändert. Verantwortlichkeit ist ihm jetzt nur noch Schuld „im formellen Sinne". Nimmt man aber diesen Begriff „im materiellen Sinne", so soll er den aus der Tat erkennbaren Mangel sozialer Gesinnung bedeuten. Das scheint mir einmal zu unbestimmt gehalten, außerdem aber dem Einwand ausgesetzt zu sein, daß selbst der loyalste Staatsbürger im einzelnen Falle fahrlässig handeln kann.

Doch wie dem auch sein mag: die herrschende Lehre findet das Wesen der Schuld in einer psychischen Beziehung des Täters zu etwas außerhalb seiner Persönlichkeit Stehendem.

Ebenso besteht ziemliche Übereinstimmung hinsichtlich des Verhältnisses, das zwischen dem Begriffe der Schuld auf der einen Seite und den Begriffen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit auf der andern obwaltet. Jener wird als der Gattungsbegriff, diese werden als die Artbegriffe angesehen. Mit besonderer Deutlichkeit tritt das bei Binding hervor, und auch M. E. Mayer erklärt, daß die Schuld von den Begriffen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit umfaßt werde.[2]

Gerade diese letztere Wendung bringt das weitere Dogma der herrschenden Lehre zur Anschauung, nach dem der Schuldbegriff nichts anderes enthält als die Unterbegriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit und daß alle Tatsachen, die sonst für die rechtliche Beurteilung der Handlung von Bedeutung sein können, namentlich die begleitenden Umstände, außerhalb des Schuldbegriffs liegen.

Die Richtigkeit dieser Anschauung und damit die Beschränkung des Schuldbegriffs auf psychische Beziehungen ist es, was hier in erster Linie geprüft werden soll.

## 2.

Betrachten wir zunächst den Sprachgebrauch des täglichen Lebens und untersuchen wir ihn an der Hand von Fällen, die zugleich auch rechtliche Bedeutung haben!

Der Kassierer eines Geschäftshauses und ein Geldbriefträger begehen unabhängig voneinander Unterschlagungen. Jener ist gut

[1] Gegen v. Liszt auch M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung (1901) S. 122.

[2] Binding, Grundriß der Schuld des deutschen Strafrechts 7. Auflage (1907) § 46, Mayer a. a. O. S. 139.

situiert und hat keine Familie, wohl aber kostspielige Liebhabereien. Dieser wird mäßig bezahlt, hat eine kranke Frau und zahlreiche kleine Kinder. Obwohl jeder von beiden weiß, daß er sich fremdes Geld rechtswidrig zueignet, hinsichtlich des Vorsatzes also kein Unterschied obwaltet, wird doch jedermann sagen: den Kassierer trifft schwerere Schuld als den Briefträger. Denn die Schuld des letzteren wird vermindert durch die ungünstigen Umstände, in denen er sich befand, während die Schuld des ersteren umgekehrt erhöht wird durch seine guten Vermögensverhältnisse und seine luxuriösen Neigungen. Beziehen sich die Neigungen auf Weiber und Wein, so steigert dieser Umstand die Schuld mehr, als wenn sie etwa auf die Sammlung von Raritäten gerichtet sind.

Der Sprachgebrauch des Lebens zieht also bei der Bemessung der Schuld Faktoren mit in Rechnung, die außerhalb des Vorsatzes liegen, und denken wir uns einen Fall, bei dem nicht Vorsatz, sondern Fahrlässigkeit in Frage kommt, so zeigt sich auch hier, daß man die mangelnde Aufmerksamkeit, die Unvorsichtigkeit je nach den begleitenden Umständen bald strenger, bald milder bewertet. Wer als Bahnwärter nach längerer Ruhezeit zu Beginn des Dienstes eine Weiche falsch stellt, erscheint mehr schuldig als sein Kamerad, dem das gleiche Versehen nach elfstündiger Dienstzeit unterläuft.

Ebenso wie der Sprachgebrauch des täglichen Lebens bemißt der der Gerichte die Schuld nach den begleitenden Umständen. Jedem Praktiker ist es geläufig, zu sagen, daß die Schuld des Angeklagten durch seine günstigen Vermögensverhältnisse vermehrt oder durch seine ungünstigen Vermögensverhältnisse vermindert wird.

Es wäre befremdlich, wenn die diesem Sprachgebrauch zugrundeliegende Auffassung nicht auch in dem Gesetz ihren Widerhall gefunden hätte. Freilich! Erhöht oder vermindert das Gesetz die Strafbarkeit mit Rücksicht auf die begleitenden Umstände, so ist damit noch nicht ohne weiteres gesagt, daß es ihnen gerade Einfluß auf die Schuld beimäße. Denn es ist sehr wohl möglich, darin nur den Ausdruck eines steigenden oder fallenden Interesses an dem Unterbleiben der Tat zu sehen. Das kann man vielleicht für den Fall des § 216 behaupten. Der Staat verbietet die Tötung eines Menschen schlechthin; hat der Getötete seinen Tod selbst begehrt, so ist ein Interesse des Staates daran, daß dem Begehren nicht entsprochen werde, zwar vorhanden, es ist aber geringer als das Interesse daran, daß jemand nicht wider seinen Willen getötet werde. Und dieser Unterschied ist es, der in der Abstufung der Strafe seinen Ausdruck findet.

Gewiß mögen diese oder ähnliche Erwägungen vielfach zutreffen. Zweifellos aber gibt es Fälle, bei denen sich Strafschärfung oder -Milderung gar nicht anders erklären lassen als dadurch, daß der Gesetz-

geber in den begleitenden Umständen einen Maßstab für die Schuld sieht. Das Interesse des Staates an der Erhaltung des Lebens eines Kindes variiert sicherlich nicht mit den persönlichen Verhältnissen dessen, der es tötet. Wenn also § 217 die uneheliche Mutter, die dem Kinde in oder gleich nach der Geburt das Leben nimmt, erheblich milder behandelt als den gemeinen Mörder, so kann das seinen Grund nur darin haben, daß sie weniger schuldig erscheint, — obwohl der Dolus der Tötung bei ihr genau in derselben Weise vorliegt, wie bei jedem andern denkbaren Täter. Ganz unter den gleichen Gesichtspunkten erklärt sich denn auch zweifellos die in § 213 für den Totschlag im Affekt vorgesehene Strafmilderung.

Können somit die begleitenden Umstände die Schuld mildern, so unterliegt es keinem Bedenken, ihnen auch die Fähigkeit der Schuldausschließung zuzugestehen. In der Tat wird der Begriff der Schuldausschließungsgründe ziemlich allgemein gebraucht, aber es fragt sich doch sehr, ob er sich mit der herrschenden Auffassung vom Wesen der Schuld verträgt. Denn umfaßt der Schuldbegriff nichts weiter als die Summe von Vorsatz und Fahrlässigkeit, und bestehen diese in der bewußten oder unvorsichtigen Herbeiführung des Erfolgs, so bleibt es ganz unverständlich, wie die Schuld durch Notstand ausgeschlossen werden könnte. Denn auch der im Notstand handelnde Täter weiß, was er tut. Ihm den Vorsatz in dem mitgeteilten Sinne absprechen heißt einfach unlogisch sein. Dieses Fehlers macht sich nicht schuldig, wer annimmt, der Notstand beseitige die Rechtswidrigkeit, so daß also das für normale Verhältnisse gegebene Verbot für die Fälle des Notstandes nicht gelte. Auf die Streitfrage über die Bedeutung des Notstandes möchte ich an dieser Stelle nicht näher eingehen, aber darauf bestehe ich, daß, wenn man der — meiner Meinung nach allein richtigen[1] — Lehre folgt, die in dem Notstand nur einen Entschuldigungsgrund sieht, man gezwungen ist, den Schuldbegriff so zu fassen, daß seine Existenz, sein Zutreffen, durch die Verhältnisse, unter denen die Handlung vorgenommen wird, auch berührt werden kann. Das ist aber von solchen Schulddefinitionen aus, wie sie Löffler und Kohlrausch geben, wie sie überhaupt im Sinne der herrschenden Lehre liegen, schlechthin unmöglich, ja der ganze Begriff der Schuldausschließungsgründe leidet, von dort aus angesehen, unter unheilbaren Widersprüchen.

Daraus erklärt es sich denn auch, daß der unglückliche Notstand in der modernen Literatur nicht zur Ruhe kommen kann und wie ein Federball zwischen den Gründen der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit und der ausgeschlossenen Schuld hin- und hergeworfen wird. Dort kann er seine Stätte nur finden, wenn das Gesetz es ausdrück-

[1] Siehe darüber meinen Kommentar zum St.G.B. 5.—7. Auflage S. 114.

lich sagt, wie im B.G.B. § 228; aber in den Gedankengängen aller derer, welche ihn richtig als Schuldausschließungsgrund verstehen, ist insofern eine Inkonsequenz, als sie an erster Stelle den Schuldbegriff so fassen müßten, daß er überhaupt einer Beeinflussung durch die begleitenden Umstände zugänglich wird. Erschöpft sich das Wesen der Schuld in der psychischen Beziehung zu einem bestimmten äußeren Objekte, wie soll denn diese Schuld dadurch ausgeschlossen werden können, daß die Handlung im Notstande begangen wurde?

Das hat denn wohl auch Beling herausgefühlt, als er sich entschloß, die Abwesenheit von Notstand als eine „Strafdrohungsbedingung" zu bezeichnen.[1] Aber mir scheint nicht, daß dieser Begriff zur Klärung etwas beizutragen vermag. Denn die Frage ist doch die: warum tritt bei Notstand keine Strafe ein? Darauf gibt der Begriff der Strafdrohungsbedingung auch nicht einmal andeutungsweise eine Antwort. Er hat, auf den Notstand angewendet, nur technische, keine sachliche Bedeutung. In seinen Grundzügen des Strafrechts S. 68 lehnt Beling ganz mit Recht die Auffassung ab, nach welcher der Notstand auch beim Mangel positiver gesetzlicher Bestimmungen als Unrechtsausschließungsgrund gedacht werden könne; er entschuldige eben nur. Sofort aber heißt es weiter, daß er die Schuld nicht ausschließe. Warum aber nicht und wieso nicht? Entschuldigt der Notstand, so schließt er die Schuld aus, d. h. er ist ein Schuldausschließungsgrund; ist er aber kein Schuldausschließungsgrund, so kann er auch nicht entschuldigen.

So treten denn die Mängel des herrschenden Schuldbegriffs um so schärfer hervor, je energischer man bemüht ist, mit ihm zu arbeiten.

Hier ist nun die Stelle, an der ich meine Verwunderung darüber nicht unterdrücken kann, daß man den Standpunkt der Strafprozeßordnung noch nicht für das materielle Strafrecht nutzbar gemacht hat. Bekanntlich rechnet jenes Gesetz in § 262 zur Schuldfrage auch die Strafausschließungsgründe. Trifft ein außerhalb des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit liegender Umstand zu, der die Strafbarkeit ausschließt, so muß die Schuldfrage verneint werden. Das gilt nicht nur für Notwehr und Notstand, sondern auch für den Kartellträger hinsichtlich der Frage, ob er ernstlich bemüht war, den Zweikampf zu verhindern. Gerade die Subsumtion eines derartigen Umstandes unter die Schuldfrage und daher auch unter den Schuldbegriff, beweist, daß dieser im Sinne der Strafprozeßordnung mehr umfaßt als nur Vorsatz und Fahrlässigkeit. Da aber ein solcher Gedanke der Theorie des materiellen Strafrechts ganz fern liegt, so müssen sich die Prozessualisten mit Aufgebot alles möglichen Scharfsinns bemühen, ihn plausibel zu machen. Und doch wäre nichts einfacher

[1] Lehre vom Verbrechen S. 51 ff., S. 62 ff.

als seine Übernahme auf das Gebiet des gesamten Strafrechts, ja vielleicht der Rechtswissenschaft überhaupt.

Mit einer Anlehnung an das Strafprozeßrecht wäre denn auch die Möglichkeit gegeben, einen andern umherirrenden Geist an den ihm gebührenden Platz zu bannen: ich meine die Zurechnungsfähigkeit. Sie wird häufig — man kann nicht sagen, definiert, aber doch — charakterisiert als Schuldvoraussetzung. So wörtlich v. Liszt in seinem Lehrbuch § 37 Anm. 3 und der Sache nach auch Birkmeyer in seiner Enzyklopädie § 14. Der erstere denkt dabei offenbar an den von ihm aufgestellten Begriff der Schuld „im formellen" Sinne, er meint mit anderen Worten die Verantwortlichkeit. Wäre die Identifizierung von Schuld und Verantwortlichkeit zutreffend, so wäre es auch diese Charakteristik der Zurechnungsfähigkeit. Aber ich glaube oben nachgewiesen zu haben, daß die Schuld nicht als Verantwortlichkeit bestimmt werden kann. Nach Birkmeyer (§ 15) ist Schuld die freie Selbstbestimmung zum Verbrechen; Vorsatz und Fahrlässigkeit aber sind „Schuldarten", und zwar die einzigen. Auch er faßt also, wenn ich ihn nicht mißverstehe, die Schuld als Gattungsbegriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf. Nun kann man allerdings die Zurechnungsfähigkeit als Voraussetzung der freien Selbstbestimmung zum Verbrechen bezeichnen, aber sobald man zu dem „Artbegriff" des Vorsatzes absteigt, paßt das schon nicht mehr. Unter Vorsatz nämlich versteht Birkmeyer (§ 16) „das Wollen einer Handlung trotz der Vorstellung aller derjenigen Merkmale, welche dieselbe zum Verbrechen stempeln". Entweder ist diese Definition nicht vollständig, weil sie die Merkmale der Schuld nicht enthält — oder, wenn sie vollständig ist, so versteht man nicht, wieso die Zurechnungsfähigkeit Voraussetzung des Vorsatzes sein sollte. Denn auch ein Geisteskranker kann die Handlung wollen und sich dabei die Merkmale vorstellen, welche sie zum Verbrechen stempeln, er kann sogar wissen, daß sie ein Verbrechen ist.

Doch sehen wir von allen diesen Beanstandungen ab, die schließlich nur einen formellen Charakter haben! Richtig bleibt jedenfalls, was Radbruch sagt, daß nämlich die Zurechnungsfähigkeit, wenn man sie als Schuldvoraussetzung, als Schuldfähigkeit auffaßt, gar keine Bedeutung für das Strafrecht hätte. „Wozu die facultas, die Möglichkeit des Verschuldens feststellen, da man doch das Faktum, die Wirklichkeit des Verschuldens feststellen muß."[1] Radbruch selbst betrachtet die Zurechnungsfähigkeit nicht als Schuldfähigkeit, sondern als Straffähigkeit, er glaubt, daß auch Feuerbach, Geib, Bauer und Morstadt dieser Ansicht gewesen seien. Jedenfalls berührt sich seine Auffassung nahe mit der von Liszt in seinem be-

[1] Der Handlungsbegriff (1904) S. 97, 98.

kannten Münchener Vortrag aufgestellten, nach welcher die Zurechnungsfähigkeit gleichbedeutend sein soll mit Empfänglichkeit für die durch die Strafe bezweckte Motivsetzung.[1] Zu solchen Folgerungen wird vielleicht jeder Determinist gedrängt, welcher der Meinung ist, daß sich die Bedeutung der Strafe in der Einwirkung auf die verbrecherische Persönlichkeit erschöpft. Gesteht man der Strafe aber eine weitergehende Bedeutung zu, so braucht man selbst als Determinist jene Folgerung nicht zu ziehen. Freilich waltet ein Zusammenhang zwischen Zurechnungsfähigkeit und Strafe ob, aber dieser Zusammenhang ist kein anderer als der zwischen Schuld und Strafe: nur der Schuldige ist strafwürdig und strafbar, und zur Schuld gehört die Zurechnungsfähigkeit. Sie ist nicht Schuldfähigkeit, nicht Schuldvoraussetzung, sondern sie gehört zur Schuld.

Auch dies steht für das Strafprozeßrecht längst fest. Man zweifelt gar nicht daran, daß die Bejahung der Schuldfrage die Bejahung der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit in sich schließt und daß die Verneinung der letzteren ihren Ausdruck in der Verneinung der ersteren findet. Von diesen Sätzen steht nun freilich keiner im Widerspruch mit der Auffassung, welche die Zurechnungsfähigkeit als Schuldvoraussetzung betrachtet. Immerhin hat es den Gewinn größerer Klarheit, wenn man in der Zurechnungsfähigkeit einen Bestandteil der Schuld sieht.

Die Vorzüge einer solchen Auffassung treten in erster Linie bei der Lehre von der Teilnahme hervor. Hat diese akzessorischen Charakter so ist sie an der Tat eines Unzurechnungsfähigen deshalb nicht möglich, weil er nicht schuldhaft handelt. Die Begründung aber, daß der Unzurechnungsfähige im „Rechtssinne" überhaupt nicht „handle", stellt sich als ein Verlegenheitsbehelf heraus. Anderseits ist es auch nicht möglich, aus dem Umstande, daß der Unzurechnungsfähige immerhin vorsätzlich oder fahrlässig handeln kann, zu schließen, daß er darum auch imstande sei, eine strafbare Handlung zu begehen. Denn daß Vorsatz und Fahrlässigkeit denkbar sind ohne Schuld, wird sich alsbald zeigen.

## 3.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen läßt sich wie folgt zusammenfassen: die herrschende Lehre bestimmt den Schuldbegriff so, daß er lediglich die Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit in sich schließt; im Gegensatz hierzu ist es nötig, ihn so zu

[1] Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 18 S. 76ff.

fassen, daß man auch auf die erheblichen, die Tat begleitenden Umstände und auf die Zurechnungsfähigkeit Rücksicht nimmt.

Geht man davon aus, daß hiermit die Erfordernisse des Schuldbegriffs erfüllt sind, so sind die hervorgehobenen Momente seine konstitutiven Merkmale oder, wie ich kürzer sagen möchte, seine Elemente. Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, begleitende Umstände werden mithin für die weitere Betrachtung als Schuldelemente angesehen.

Der Fehler der überkommenen Anschauung liegt also zunächst darin, daß sie einzelne Schuldelemente übersieht. Sie beachtet nur Vorsatz und Fahrlässigkeit, aber nicht die Zurechnungsfähigkeit und nicht die Umstände, unter denen die Tat vollzogen wird. Hierzu aber tritt noch ein anderer, vielleicht erheblicherer Fehler: die herrschende Lehre bestimmt das Verhältnis der Schuld zu Vorsatz und Fahrlässigkeit wie das Verhältnis der Gattung zur Art, während es in der Tat ein anderes ist. Ich werde versuchen, den Gegensatz der Meinungen in einigen kurzen Sätzen anschaulich zu machen.

Nach der herrschenden Lehre verhalten sich die Begriffe der Schuld auf der einen Seite und die des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit auf der andern wie der übergeordnete Gattungsbegriff zum untergeordneten Artbegriff. Nach meiner Ansicht ist der Schuldbegriff ein zusammengesetzter Begriff, zu dessen Bestandteilen unter anderm auch Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehören.

Nach der herrschenden Lehre gilt alles, was für die Schuld gilt, auch für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Denn jede Aussage über den Gattungsbegriff muß auch für die Artbegriffe zutreffen. Nach meiner Auffassung braucht nicht alles, was über die Schuld gesagt wird, auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu passen. Denn das Verhältnis dieser Begriffe zu dem Schuldbegriff ist nicht das der Art zur Gattung.

Indem die herrschende Lehre ein solches Verhältnis annimmt, bringt sie die Schuld in dieselben logischen Beziehungen zu Vorsatz und Fahrlässigkeit, wie sie zwischen Baum und Pappel bestehen. Nach meiner Auffassung ist die Beziehung vielmehr zu vergleichen mit der zwischen Baum und Wurzel.

Ragt jeder Baum über die Erdoberfläche hinaus, so tut es auch die Pappel; denn sie ist ein Baum. Die Wurzel aber braucht nicht über die Erde hinauszuragen; denn sie gehört zwar zum Baum, aber sie ist kein Baum. —

Nunmehr ist es möglich, zu gewissen Ausführungen Bindings Stellung zu nehmen. Dieser macht gegen die meisten Vorsatzdefinitionen den Einwand geltend, daß sie einen dilettantischen Sprachgebrauch begünstigen. Man rede nämlich von Vorsatz, wenn eine Schuld gar nicht in Frage komme; und dieser verkehrte Sprachge-

brauch werde durch die modernen Begriffsbestimmungen des Vorsatzes zum kanonischen gestaltet. Es sei irreleitend, wenn man im Strafrecht von Vorsatz schlechthin spreche, ohne das Attribut der Rechtswidrigkeit hinzuzufügen.[1]

Zutreffend ist allerdings, daß, wenn man den Vorsatz etwa bezeichnet als die die Willensbetätigung begleitende Vorstellung des Erfolges, damit die Schuld nicht definiert, vielleicht nicht einmal angedeutet ist. Aber es ist doch sehr fraglich, ob die Definition des Vorsatzes überhaupt auf den Schuldbegriff Rücksicht zu nehmen braucht. Die Bejahung dieser Frage geht von dem Dogma aus, daß die Schuld der Gattungsbegriff und der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit die Artbegriffe seien, wie das gerade BINDING mit besonderem Nachdruck hervorhebt. Sobald man sich aber von dieser Auffassung freimacht, ist man berechtigt, das Schuldhafte, das in dem Vorsatz liegen kann, als etwas Unwesentliches anzusehen, ähnlich wie man ja auch von Zurechnungsfähigkeit spricht, ohne daß ein rechtswidriges Verhalten überhaupt in Frage käme. Wendungen wie diese: „Ich habe meine Uhr mit Vorsatz ins Wasser fallen lassen —" wären nur dann zu beanstanden, wenn jeder Vorsatz die Begriffsmerkmale des Schuldhaften ebenso in sich enthielte wie jede Pappel die des Baumes. Hat man erkannt, daß der Vorsatz eine Erscheinung ist, zu der erst andere hinzutreten müssen, damit der Schuldbegriff erfüllt werde, so fallen alle logischen Bedenken gegen Sätze wie den angeführten weg.

Auf der Suche nach einem kurzen Schlagwort, das alle erwähnten Bestandteile des Schuldbegriffs in sich enthält, finde ich kein anderes als Vorwerfbarkeit. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Der Ausdruck ist nicht schön, aber ich weiß keinen besseren. Wer mit M. E. MAYER der Ansicht ist, daß man nicht die Schuld, sondern die schuldhafte Handlung definieren soll, kann sagen: schuldhaftes Handeln ist vorwerfbares Handeln, ein solches also, aus dem man dem Handelnden einen Vorwurf machen kann. Mit Schwierigkeiten wird man auch nicht zu kämpfen haben, wenn man mit KOHLER und RADBRUCH die Unterlassungen aus dem Gebiete der Handlungen ausscheidet. Man braucht dann nur an Stelle des Handelns das Verhalten treten zu lassen: schuldhaftes Verhalten ist vorwerfbares Verhalten.

Die Frage der Schuld tritt aber (abgesehen von dem wenig glücklich gefaßten § 54) im Strafrecht nur dann auf, wenn das Verhalten ein rechtswidriges, ein verbotenes ist. Damit wären wir zu dem Satze gelangt: ein verbotenes Verhalten ist jemanden dann zur Schuld anzurechnen, wenn man ihm einen Vorwurf daraus machen kann, daß er es eingeschlagen hat.

[1] Grundriß 7. Aufl. S. 115—117.

Erschiene dieser Satz isoliert, so könnte man gegen ihn einwenden, er besage nur idem per idem; denn die Vorwerfbarkeit sei nichts als ein Synonymon der Schuld. Es ist zuzugeben, daß man schon seither gelegentlich Vorwerfbarkeit für Schuld eingesetzt oder bei der Schuldlehre von dem Vorwurf gesprochen hat, den es zu begründen gelte.[1] Aber der Begriff der Vorwerfbarkeit tritt für uns nur als eine kurze Zusammenfassung der einzelnen Schuldelemente auf. Er soll seinen Wert nicht in sich selbst, sondern nur in dem Hinweise auf das haben, was er charakterisieren will. Gewonnen ist er auf synthetischem Wege. Denkt man ihn sich als gegeben, als unmittelbar im Gesetz gebraucht, so würden seine Elemente auf analytischem Wege zu erkennen sein. Die Frage wäre dann die: wann kann man jemanden aus seinem Verhalten einen Vorwurf machen? was ist dazu erforderlich? Dann würde der Abstieg ebenso zu den Elementen des Schuldbegriffs führen, wie es der Aufstieg getan hat, und dem Blicke des Beschauers würden sie sich jetzt etwa in folgender Gestalt und Reihe darbieten.

Damit man jemanden aus seinem rechtswidrigen Verhalten einen Vorwurf machen kann, wird dreierlei vorausgesetzt:

1. eine normale geistige Beschaffenheit des Täters, die wir Zurechnungsfähigkeit nennen. Ist sie bei jemanden vorhanden, so steht fest, daß man ihm aus seinem rechtswidrigen Verhalten im allgemeinen einen Vorwurf machen kann, aber noch nicht, daß ihn ein Vorwurf im einzelnen Falle trifft. Dazu gehört vielmehr zunächst

2. eine gewisse konkrete psychische Beziehung des Täters zu der in Rede stehenden Tat oder doch die Möglichkeit einer solchen, so daß er entweder deren Tragweite übersieht (Vorsatz), oder doch übersehen könnte (Fahrlässigkeit). Aber auch beim Vorhandensein dieses Erfordernisses ist ein Vorwurf nicht schlechthin begründet. Es muß vielmehr hinzukommen

3. die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt. Tut ein zurechnungsfähiger Mensch etwas Rechtswidriges, obwohl er die Tragweite seiner Handlung überblickt oder hätte überblicken können, so kann ihn nach der Auffassung des Gesetzgebers im allgemeinen ein Vorwurf treffen. Aber was im allgemeinen möglich ist, kann im einzelnen Falle unmöglich sein, und so entfällt die Vorwerfbarkeit, wenn die begleitenden Umstände eine Gefahr für den Täter oder vielleicht auch für eine dritte Person in sich schlossen, aus der ihn gerade die verbotene Handlung retten sollte. Dieser Gedanke liegt den §§ 52—54 des St.G.B.'s zugrunde. Über ihn hinausgehend, kann dann der Gesetzgeber erklären,

[1] So z. B. Beling, Grundzüge 2. Aufl. S. 46.

daß er sein Handlungsverbot für gewisse abnorme Verhältnisse überhaupt nicht gelten lassen wolle, wie das jetzt durch die §§ 227, 228 des B.G.B.'s geschehen ist. Zunächst aber und in erster Linie enthalten die angeführten Stellen des St.G.B.'s nur eine Verneinung der Vorwerfbarkeit der Handlung, also des Verschuldens, und selbst für die Notwehrhandlung ist der sichere Beweis, daß sie nicht rechtswidrig sei, erst seit § 227 des B.G.B.'s möglich.

Ein naheliegender Einwand gegen die vertretene Auffassung ist der, daß das Gesetz auch eine strafbare Überschreitung der Notwehr kennt, mithin schuldhaftes Handeln auch bei abnormer Beschaffenheit der begleitenden Umstände für möglich hält. In der Tat ist mir dieser Einwand in der Debatte entgegengetreten. Aber ich halte ihn nicht für durchschlagend. Denn ebenso wie der Gesetzgeber frei bestimmt, in welchem Grade die begleitenden Umstände abnorm sein müssen, um überhaupt einem Verschulden entgegenzustehen, bestimmt er auch frei, hinsichtlich welcher Handlungen sie das tun. Der Gedanke ist immer der: man kann dem Täter aus gewissen Handlungen, die er unter Umständen von gewisser Abnormität vollzieht, keinen Vorwurf machen.

Irre ich nicht, so bricht sich die Auffassung, daß die begleitenden Umstände zur Schuld gehören, auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts Bahn. Freilich scheint sie vorläufig nur dunkel empfunden zu werden, und es wird Aufgabe der Theorie sein, sie zum Gegenstande klarer Erkenntnis zu machen.

Besonders belehrend ist ein Urteil des IV. Strafsenats vom 23. März 1897 (Entscheidungen Bd. 30 S. 25), dem folgender Tatbestand zugrunde lag. Der Angeklagte hatte als Kutscher eines Droschkenbesitzers zwei Pferde zu fahren, von denen ihm und seinem Herrn eines als „Leinenfänger" bekannt war. Bei einer Fahrt, die der Angeklagte auf speziellen Befehl seines Herrn auszuführen hatte, gelang es dem Pferde, die Leine mit dem Schwanze einzukneifen. Bei den vergeblichen Versuchen des Angeklagten, die Leine hervorzuziehen, wurden die Pferde wild; der Angeklagte verlor völlig die Herrschaft über das Gespann, welches beim Weitergaloppieren einen an der Seite der Chaussee gehenden Schmied umwarf, sodaß dieser einen Beinbruch erlitt.

Das Reichsgericht erklärt, zur Fahrlässigkeit gehöre „die Nichterfüllung desjenigen Maßes von Aufmerksamkeit und von Rücksicht auf das allgemeine Wohl, ... dessen Prästierung von dem Handelnden billigerweise gefordert werden könne", und fährt dann fort, es sei zu erwägen, „ob dem Angeklagten als Pflicht zugemutet werden könne, mehr dem Befehle seines Dienstherrn sich zu entziehen und den Verlust seiner Stellung auf sich zu nehmen, als durch Benutzung des ihm zugewiesenen Pferdes zum Fahren bewußterweise die Mög-

lichkeit der körperlichen Verletzung eines andern zu setzen, oder ob er diese letztere Rücksicht nach dem Verhältnisse ihrer Erheblichkeit zurückstehen lassen durfte hinter derjenigen, welche für ihn den Antrieb zur Befolgung des Befehls seines Dienstherrn bildete."

Es ist ganz klar, daß bei diesen Ausführungen die begleitenden Umstände, die Verhältnisse, unter denen der Angeklagte zur kritischen Zeit stand, in den Schuldbegriff hereingezogen werden, und in ähnlicher Weise geschieht das auch in dem interessanten Urteil desselben Senats vom 3. Juli 1903 (Entscheidungen Bd. 36 S. 334). Soweit es sich um fahrlässiges Verschulden handelt, bleibt dem Richter hiernach ein weiter Spielraum, innerhalb dessen er nach freiem Ermessen die Gesamtheit der Verhältnisse als schuldausschließend berücksichtigen kann. Leider ist das bei vorsätzlichen Delikten nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung und der Theorie nicht möglich. Denkt man sich, daß ein Dienstherr seinem Knechte mit sofortiger Entlassung droht, sofern er nicht einem Nachbar ein Fenster einwerfe, dann ist der Knecht der Strafe der Sachbeschädigung rettungslos verfallen, möchte seine wirtschaftliche Lage durch Kündigung auch noch so schlimm geworden sein. Helfen ließe sich nur, indem man dem richterlichen Ermessen auch hier bei Bestimmung der Schuld einen freien Spielraum gewährte, oder aber dadurch, daß man das Anwendungsgebiet des Notstandes weit über seinen heutigen Umfange erstreckte, etwa unter Hereinziehung des Gesichtspunktes der Interessenabwägung.

Nunmehr wird es auch möglich sein, zu dem Begriff der Schuldausschließungsgründe Stellung zu nehmen. Oben wurde dargelegt, daß dieser Begriff vom Standpunkt der üblichen Schulddefinitionen aus nicht faßbar sei. Aber ich zögere nicht, ihn überhaupt für entbehrlich zu erklären. Denn gehört zur Schuld die normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände, so ist das Vorhandensein einer Gefahr, wie es den Notstand oder die Notwehrlage begründen kann, nichts als die Verneinung jener normalen Beschaffenheit, also die Verneinung der Schuld selbst. Die Bezeichnung des Notstandes als eines Schuldausschließungsgrundes ist ebenso richtig und ebenso falsch wie der Satz: Stickstoff an Stelle von Sauerstoff ist ein Grund gegen das Vorhandensein von Wasser. Gewiß! Aber weiß man, daß Wasser aus Wasserstoff und Sauerstoff besteht, so ist es ganz und gar selbstverständlich, daß Wasser nicht vorhanden ist, wenn an Stelle des Sauerstoffs der Stickstoff tritt. Immerhin mag man den Ausdruck Schuldausschließungsgrund aus Rücksichten der Bequemlichkeit beibehalten. Denn er verneint nicht durch einfaches, sondern durch motiviertes Bestreiten; er hat die Bedeutung einer negatio per positionem. Wer sich auf Notwehr beruft, leugnet seine Schuld; aber gleichzeitig behauptet er, er erklärt, daß er durch Angriff ge-

fährdet worden sei. Mithin ist der Begriff des Schuldausschließungsgrundes brauchbar, sofern man ihn als einen Ausdruck der Erkenntnis betrachtet, daß gewisse positive Tatsachen für das Strafrecht nur die Bedeutung einer Negation, nämlich einer Negation der Schuld haben.

Von hier aus ist es ohne weiteres klar, weshalb die Berufung auf Notwehr „widerlegt" werden muß, und weshalb, wenn die Notwehrfrage zweifelhaft bleibt, auf Freisprechung zu erkennen ist. Denn das Wesentliche in der Berufung auf Notwehr ist nicht die darin enthaltene Behauptung, sondern die Bestreitung der Schuld.

Genau das gleiche gilt für die Berufung auf Unzurechnungsfähigkeit. Zwar wird dadurch nicht die normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände, wohl aber ein anderes Schuldelement bestritten, nämlich die Möglichkeit, dem Angeklagten überhaupt irgend ein Verhalten zum Vorwurf zu machen, mithin auch das konkret in Frage stehende.

So treten von dem hier vertretenen Standpunkt aus allgemein anerkannte prozessuale Regeln in das Gefüge einer strengen logischen Ordnung.

## 4.

Aber auch auf materiell rechtlichem Gebiet zeigen sich Vorteile. Denn ich halte es für möglich, endlich eine Verständigung über die Bedeutung herbeizuführen, welche die auf Tatirrtum beruhende Annahme eines Schuldausschließungsgrundes für die Schuldlehre hat. Halte ich mich für angegriffen und wehre ich mich gegen den vermeintlichen Angreifer so wie ich mich gegenüber einem wirklichen Angreifer hätte wehren dürfen, so ist die herrschende Lehre und namentlich die Praxis des Reichsgerichts und des Reichsmilitärgerichts darüber einig, daß der Vorsatz ausgeschlossen ist und höchstens Fahrlässigkeit in Frage kommen kann. Diese aber würde vorliegen, wenn ich bei gehöriger, mir nach den Umständen des Falles zuzumutender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, daß ich tatsächlich nicht angegriffen war.[1]

Die theoretische Begründung dieser allgemein mit Ausnahme von Liszt[2] anerkannten Sätze verursacht Schwierigkeiten. Ich habe ihre Lösung dadurch versucht, daß ich den schon früher von Adolf Merkel und Löffler verwendeten Begriff der negativen Tatumstände oder negativen Tatbestandsmerkmale aufstellte.

[1] Reichsgericht: Entscheidungen Bd. 6 S. 405; Bd. 19 S. 298; Bd. 21 S. 189; Bd. 33 S. 32; Reichsmilitärgericht: Entscheidungen Bd. 2 S. 212; Bd. 4 S. 97; Bd. 5 S. 33.

[2] Lehrbuch § 41.

Darunter meinte ich solche Umstände, deren Vorliegen dem Deliktsbegriff entgegensteht. Von hier aus war es nun nicht schwer, an der Hand des § 59 den erstrebten Beweis zu führen. Denn wenn der Vorsatz das Bewußtsein fordert, die positiven Tatbestandsmerkmale seien gegeben, so ist es selbstverständlich, daß er auch die Kenntnis verlangt, es fehle an den negativen.

Aber meine Deduktionen haben namentlich bei KOHLRAUSCH, v. LISZT und BELING Widerspruch gefunden.[1] Für sie ist die Rechtswidrigkeit ein positives Tatbestandsmerkmal und negative gibt es überhaupt nicht. Das veranlaßt mich zu einer näheren Erörterung.

Sagt man: „die Rechtswidrigkeit gehört zum Deliktsbegriffe, ist also ein positives Tatbestandsmerkmal", so kann das eine mehrfache Bedeutung haben.

1. Zunächst folgende: indem das Gesetz eine Handlung mit Strafe bedroht, verbietet es die Handlung, erklärt es sie für rechtswidrig. Fällt die Rechtswidrigkeitserklärung weg, weil sie ein stärkerer Rechtssatz beseitigt, so fehlt es nunmehr an einem Tatbestandsmerkmal, und die Straflosigkeit ist selbstverständlich. In diesem Sinne habe ich in der 5.—7. Auflage meines Kommentars die Rechtswidrigkeit als ein positives Tatbestandsmerkmal bezeichnet.

2. Sodann aber kann der Satz: „die Rechtswidrigkeit ist ein positives Tatbestandsmerkmal", auch einen andern Sinn haben, nämlich bedeuten: wenn das Gesetz eine Handlung mit Strafe bedroht, verbietet es die Handlung keineswegs, erklärt sie also auch nicht für rechtswidrig. Es sagt vielmehr nur: ist die Handlung schon ohnehin für rechtswidrig erklärt, dann soll die und die Strafe eintreten. Diesen Satz halte ich für falsch, und er war es, gegen den ich in den früheren Auflagen meines Kommentars polemisierte — insofern allerdings wohl mit Unrecht, als ich die Polemik gegen BINDING richtete. Aber daß der bekämpfte Satz wenigstens im Ideenkreise seiner Normentheorie liegt, beweisen die Ausführungen mancher Jüngeren, namentlich des Grafen DOHNA, der sich ausdrücklich zu ihm bekennt.[2] Meine Ausführungen aber gelangten zu dem Satze: abgesehen von den Blankettgesetzen, ist der einzelne Deliktstatbestand, wie er in dem § n auftritt, insofern erschöpfend, als er keiner Ergänzung durch einen von außerhalb hinzukommenden, die betreffende Handlung für rechtswidrig erklärenden Rechtssatz bedarf. Der § n kann und muß angewendet werden, wenn die in ihm selbst enthaltenen Tatumstände im einzelnen Falle gegeben sind. Allerdings gibt es Ausnahmen. Dies wurde — wie selbstverständlich — eben-

[1] KOHLRAUSCH, Irrtum und Schuldbegriff (1903) S. 59ff; BELING, Die Lehre vom Verbrechen (1905) S. 164; v. LISZT, Lehrbuch § 26.

[2] Die Rechtswidrigkeit (1905).

falls zugegeben. Wird nämlich die Handlung unter besonderen Umständen begangen und gibt es einen Rechtssatz, der ausspricht, daß unter diesen besonderen Umständen so gehandelt werden darf, wie gehandelt worden ist, so kann der § n nicht angewendet werden, und der Handlung fehlt der Deliktscharakter. Da nun solche besondere Umstände bei jedem einzelnen Delikt vorliegen können, so wäre es denkbar, daß der Gesetzgeber ihnen auch bei jedem einzelnen Paragraphen Rechnung trüge, indem er etwa sagte: Wer einen Menschen vorsätzlich tötet und die Tötung mit Überlegung ausführt, wird wegen Mordes mit dem Tode bestraft, es sei denn, daß der Tötende zufolge Berufs- oder Amtspflicht oder kraft Notwehr zu der Tötung befugt war. Dann hätten wir klipp und klar in demselben Paragraphen zwei Arten von Tatbestandsmerkmalen oder Tatumständen: positive und negative, wie sie sich zum Beispiel in den §§ 937. 1917 des B.G.B.'s finden. Nun würde aber eine solche Technik des Gesetzgebers nicht nur zu unzähligen Wiederholungen Anlaß geben, sondern auch die einzelnen Gesetzesbestimmungen unerträglich schwerfällig machen. Deshalb geht der Gesetzgeber vernünftigerweise in der Art vor, daß er die „Ausnahmen" an besonderer Stelle, z. B. im § 53 erwähnt. Aber diese aus technischen Gründen erfolgende äußere Trennung hat keine innere Bedeutung, d. h.: was bei der Aufnahme in jedem einzelnen Paragraphen negativer Tatbestand wäre, bleibt es auch, wenn es der Einfachheit wegen getrennt behandelt wird.

Diesen Gedankengang hat sich später mit besonderer Klarheit Miricka in seinem hervorragenden Werke über die Formen der Strafschuld (1903) S. 124 ff. angeschlossen, und ich vermag mit dem besten Willen nicht einzusehen, was dagegen logisch einzuwenden wäre.

Nun habe ich allerdings in den späteren Auflagen meines Kommentars meinen Gedanken eine andere Form gegeben, aber nicht in der Meinung, daß ich im Unrecht gewesen wäre, sondern nur deshalb, weil ich mich dem Verständnis meiner Gegner, denen es doch sonst wahrhaftig nicht an Scharfsinn fehlt, näher bringen wollte. Namentlich habe ich den Satz fallen lassen: „Die Rechtswidrigkeit ist nicht ein positives Tatbestandsmerkmal, wohl aber ihr Mangel ein negatives." Aber auch dieser Satz hatte seinen guten Sinn. Er sollte, was nach dem Zusammenhang gar nicht zweifelhaft sein konnte, bedeuten: wenn ein Gesetz an eine Handlung, d. h. an eine Summe von Tatumständen, die zusammen einen Tatbestand bilden, eine Strafdrohung knüpft, so findet diese Anwendung, sobald die in ihm (dem Gesetze) bezeichnete Handlung gegeben ist. Denn sie ist mit ihrem Vorliegen eine rechtswidrige, ohne daß ein Plus hinzuzukommen brauchte, das man — Gott weiß woher! — zu nehmen hätte.

Kommt aber von anderer Seite etwas, nämlich ein Rechtssatz, der unter besonderen Umständen die Rechtswidrigkeit beseitigt, so hebt diese Beseitigung oder, wie ich mich ausdrückte, der Mangel der Rechtswidrigkeit den Deliktsbegriff (den Tatbestand) auf. Hat man also von Tatsachen nur diejenigen, welche in den einzelnen Paragraphen bezeichnet sind, und von Rechtssätzen nur den implicite in der Strafdrohung gegebenen, die Rechtswidrigkeit aussprechenden, so liegt der Tatbestand des Delikts vor. Hat man aber noch einen weiteren Rechtssatz, der die Rechtswidrigkeit der Handlung verneint, so ist eben der Tatbestand nicht gegeben.

Ist das in der Tat so unverständlich? Ich glaube es nicht, aber ich will zugeben, daß ich in dem Streben nach prägnanter Kürze zu weit gegangen bin, und schlage nun folgende Fassung vor.

> Die Rechtswidrigkeit gehört zum Begriff eines jeden Delikts. Sie wird erschlossen aus der Strafdrohung. Diese ist das nächstliegende Erkenntnismittel für die Rechtswidrigkeit, und zwar ist der Schluß von der Strafdrohung auf die Rechtswidrigkeit so lange bindend, als nicht ein anderer Rechtssatz nachgewiesen wird, welcher ausspricht, daß die Handlung eine erlaubte, rechtgemäße sei. Findet sich ein solcher Rechtssatz, so muß nach allgemeinen Grundsätzen untersucht werden, welcher der stärkere ist: der aus der Strafdrohung erschlossene oder der andere? Meist wird das Verhältnis in der Art zu bestimmen sein, daß der zuletzt erwähnte Rechtssatz sich nur auf besondere Fälle bezieht, also nicht die Rechtswidrigkeit im allgemeinen, sondern nur für einzelne Fälle verneint. Er hat dann die Bedeutung einer lex specialis, die der lex generalis vorgeht. Die Anwendbarkeit der letzteren setzt also voraus, daß einer der Fälle nicht vorliegt, bei denen die lex specialis eintrete. Nur unter dieser Voraussetzung, der Voraussetzung also, daß ein solcher Umstand fehlt, ist die Handlung strafbar. Der Umstand selbst läßt sich somit als negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnen.

Man sollte sich wahrhaftig um solche Formulierung nicht streiten; denn schließlich kommt es nur auf die Rechtssätze an! Wer sich trotz alledem gegenüber dem Begriffe der negativen Tatbestandsmerkmale ablehnend verhält, kann aber vielleicht von der Richtigkeit der aus ihm abgeleiteten Rechtssätze durch folgende Erwägungen überzeugt werden.

Zu der Schuld gehört, wie oben ausgeführt wurde, normale Beschaffenheit der Umstände, unter denen sich die Handlung vollzieht. Abnorm sind nach der Auffassung des Gesetzgebers solche begleitende Umstände, die für den Täter (oder hier und da auch für dritte)

eine Gefahr begründen. Wer im Notstande, um sich aus der Gefahr zu retten, eine normalerweise strafbare Handlung begeht, handelt nicht schuldhaft, und wer das gleiche in der Notwehrlage tut, ebensowenig. An der Schuld aber fehlt es hier deshalb, weil dem Täter unter diesen Umständen sein Handeln nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

Nimmt der Täter die Gefährdung nur irrtümlich an, so erwächst ihm hieraus vielleicht ein Vorwurf, dann nämlich wenn er das Maß von Aufmerksamkeit außer acht gelassen hat, das nach Lage der Verhältnisse von ihm erwartet werden konnte. Daraus aber, daß er sich aus der vermeintlichen Gefahr so rettet, wie er es aus der wirklichen hätte tun dürfen, kann man ihm keinen Vorwurf machen. Die in Putativnotwehr oder Putativnotstand begangene Notwehr- oder Notstandshandlung ist, isoliert betrachtet, schlechthin schuldlos. Erst wenn man ihre Genesis weiter rückwärts verfolgt und sie auf den Irrtum des Täters über die begleitenden Umstände zurückführt, enthüllt sich ihre Schuldhaftigkeit. Soweit der Irrtum vorwerfbar ist, ist es die Handlung selbst. Zu einer vorsätzlichen Schuld kann man auf diesem Wege nur dann gelangen, wenn man etwa annimmt, der Täter habe sich vorsätzlich in Irrtum versetzt — eine Annahme, die kaum anderswo als in der Konstruktion vorkommen wird. Es bleibt also für die Praxis nur die Annahme fahrlässigen Verschuldens.

Ist der Schuldbegriff richtig erkannt, so kann man den richtigen Rechtssatz auch ohne Hilfe des Begriffes der negativen Tatumstände in streng logischer Weise entwickeln.

## 5.

Erheblich einfacher gestaltet sich die zuletzt behandelte Frage, sobald man sich zu dem Satze bekennt, daß zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört. Denn stellt man dieses Erfordernis auf, so ist bei der Putativnotwehr der Ausschluß des Vorsatzes von selbst gegeben. Daß aber der Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt, kann aus dem Wortlaut des § 59 schon deshalb nicht abgeleitet werden, weil er nur von einem Irrtum über Tatumstände spricht. Ebensowenig können diejenigen Ausführungen überzeugen, welche von einer bestimmten Straftheorie ausgehen. Ist ein Beweis möglich, so kann er nur auf historischem Wege oder dadurch erbracht werden, daß man von dem Wesen der Schuld überhaupt ausgeht.

Der historische Beweis steht nun auf nichts weniger als festen Füßen. Schon für das römische Recht sagt Mommsen folgendes:

„Das römische Recht hat auf das Strafgesetz, welches ohne Rechtskenntnis nicht als solches empfunden wird, die Regel des Privatrechts angewendet, daß der im Geschäftsleben stehende Mann verpflichtet ist, die Staatsgesetze zu kennen und also jede Übertretung, auch die nicht wissentliche, eine Verschuldung in sich schließt, daß dagegen weibliches Geschlecht und Rustizität von dieser Verpflichtung befreie, hier also bei Verfehlungen gegen ein nicht sittlich begründetes Strafgesetz, dessen Unkenntnis vermutet oder entschuldigt wird".[1]

An dieser Auffassung hat man sich auch in der Periode des gemeinen Rechts gehalten, nur daß man vielfach den — ob zutreffend, mag dahingestellt bleiben — aus dem römischen Recht abgeleiteten Satz zu Hilfe rief, nach welchem zwar nicht bei delictis iuris gentium, wohl aber bei delictis iuris civilis der Rechtsirrtum entschuldigende Kraft habe.[2] Besonders während des 19. Jahrhunderts wurde behauptet, daß jedermann verpflichtet sei, die durch Publikation kundgegebenen Gesetze kennen zu lernen, und von hier aus lag die Folgerung nahe, in der Unkenntnis des übertretenen Gesetzes selbst eine Schuld zu sehen. Dieser Gedanke hat namentlich in dem württembergischen St.G.B. von 1839 einen Niederschlag gefunden, dessen Artikel 99 bestimmte:

> Mangelnde Kenntnis des Gesetzes schließt die gesetzliche Strafe nicht aus; eine Ausnahme findet nur statt, wenn sich aus besonderen Umständen die völlige Schuldlosigkeit einer solchen Unkunde ergeben sollte.

Noch strenger waren andere Gesetze. So sagte das hessische St.G.B. von 1841 in Artikel 41:

> Nichtwissen des Gesetzes schließt die Zurechnung nicht aus; ebensowenig Unwissenheit oder Irrtum in Ansehung der Art und Größe der Strafe.

In Preußen erklärte § 44 des St.G.B. von 1851 lediglich, daß bei Unkenntnis „besonderer Eigenschaften in der Person des Täters oder desjenigen, auf welchen sich die Tat bezog, oder von besonderen Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde", dem Täter die Handlung nicht als Verbrechen oder Vergehen zuzurechnen sei. Die Praxis aber verstand dies in dem Sinne einer Nichtbeachtung des Rechtsirrtums.[3]

Als man später an die Ausarbeitung des St.G.B.'s für den Norddeutschen Bund herantrat, wollte man an der prinzipiellen Auffassung

[1] Römisches Strafrecht S. 93.

[2] Feuerbach, Lehrbuch (13. Aufl. 1840) § 57 mit Note II von J. C. A. Mittermayer. Ferner: Heffter, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechts (3. Aufl. 1846) § 55, Kersting, Das Strafrecht in Kurhessen (1853) S. 145 ff.

[3] Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals Bd. 4 S. 19; Bd. 5 S. 156.

des preußischen Rechts festhalten und nur gewisse außerhalb der hier behandelten Frage liegende Zweifel beseitigen. Die Motive des vom preußischen Justizministerium vorgelegten Entwurfs (1869) erklären demgemäß die getroffene Änderung nur als redaktionelle und sprechen im Marginale des § 52 ausdrücklich von Irrtum in Tatsachen, ohne den Rechtsirrtum überhaupt zu erwähnen. Diesem § 52 entspricht in dem Entwurf von 1870 der § 57, der wörtlich mit dem jetzt geltenden § 59 übereinstimmt. Zwar weicht die Fassung von dem § 52 des ersten Entwurfs erheblich ab, trotzdem wird auch hier die Änderung gegenüber dem preußischen St.G.B. nur eine redaktionelle genannt.

So spricht gerade die historische Untersuchung gegen die Behauptung, daß § 59 das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Bestandteil des Vorsatzes aufstellt, und zwei Argumente der Gegner fallen auf einen Hieb. Aber damit ist die Sache nicht abgetan. Denn es fragt sich immer noch: kann man jemandem aus seinem Verhalten einen Vorwurf machen, wenn er den Rechtssatz, der es verbietet, nicht gekannt hat?

Die Verneinung dieser Frage wäre vielleicht geboten, wenn das menschliche Verhalten lediglich von dem Rechte beherrscht würde. Neben ihm aber stehen die Mächte der Ethik und der Sitte. Beachtet man das, so zeigt sich, daß die Vorwerfbarkeit eines Verhaltens nicht ohne weiteres abhängig ist von der Kenntnis der es verbietenden Rechtsnorm. Denn wer eine Norm nicht als Rechtsnorm kennt, kann sie dennoch als ethische wissen. Mit dem Irrtum, daß ein Verhalten vor dem Gesetz bestehen könne, ist also sehr wohl das Bewußtsein vereinbar, daß es sich mit der Ethik nicht verträgt. Ein Gesetzgeber aber, der seine Normen als Ausfluß einer richtigen Sozialethik betrachtet, kann eine genügende Vorwerfbarkeit schon dann als gegeben annehmen, wenn der Täter nur dieses zuletzt bezeichnete Bewußtsein hat, und in dem Mangel dieses Bewußtseins kann er, sofern nicht geradezu Geisteskrankheit vorliegt, wiederum etwas Vorwerfbares sehen.

Auf den gleichen Standpunkt aber vermag sich ein Gesetzgeber zu stellen, der, wie der römische oder der des 19. Jahrhunderts, schon die Unkenntnis des Gesetzes für eine Pflichtverletzung hält.

Dieses Ergebnis entspricht meiner festen Überzeugung nach dem geltenden Recht. Eine andere Frage ist die, ob es dem richtigen Recht gemäß ist. Diese Frage aber kann nicht schlechthin mit einem Ja beantwortet werden. Denn die Zumutung, daß jedermann die Gesetze kennen müsse, ist in dieser Allgemeinheit übertrieben, weil der Zusammenhang zwischen den Normen zahlreicher kleiner Übertretungen und der Sozialethik viel zu lose ist, als daß man ihre Kenntnis jedermann zumuten dürfte. Überdies läßt es sich sehr wohl denken, daß jemand eine Handlung im allgemeinen als verboten

kennt, aber unter den obwaltenden Umständen für erlaubt ansieht, ohne daß man ihm gerade daraus einen Vorwurf machen könnte. So, um ein von BELING entlehntes Beispiel anzuführen, in dem Falle, daß ein Arzt den Tod eines Patienten beschleunigt, nur um ihm die Wohltat der Euthanasie zukommen zu lassen. Ganz und gar unerträglich aber ist, daß nicht einmal die Belehrung einer Behörde, die sie innerhalb ihres Wirkungskreises erteilt, vor Strafe schützen soll.

Hilft alles dies nicht über das geltende Recht hinweg, so muß doch mit Entschiedenheit gefordert werden, daß der zukünftige Gesetzgeber mit seinem Vorwurf zurückhaltender sei. Vielleicht könnte er als Leitpunkt folgenden Satz ins Auge fassen, der in dem 1831 ausgearbeiteten Entwurf des Großherzoglich hessischen St.G.B.'s als Rechtssatz vorgesehen war:

> Unwissenheit des Gesetzes schließt die Zurechnung nicht aus, es wäre denn, daß die Handlung nicht zu jenen gehört, welche schon nach den Grundsätzen der Religion und der Sitte verboten sind, und daß der Täter in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit des bestehenden besonderen Strafgesetzes seine Handlung für erlaubt und unsträflich halten kann.[1]

## 6.

Die psychischen Beziehungen, in denen der vorsätzlich handelnde Täter zu seiner Tat steht, werden bald durch den Ausdruck „Wille", bald durch den der „Vorstellung" (oder auch der Voraussicht, des Wissens, der Kenntnis) charakterisiert. Seit dem Aufsatze, den ich vor 17 Jahren in dem 10. Bande der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Seite 168 ff.) veröffentlicht habe, stellt man demgemäß eine „Willenstheorie" und eine „Vorstellungstheorie" einander gegenüber. Dieser Gegensatz hat wie ein Schlagwort gewirkt. Wer die moderne Literatur über die Schuldfrage studiert, gewinnt den Eindruck, als spiegle sich in ihm der Gegensatz zweier verschiedenen Weltanschauungen wieder. Und das alles, obwohl ich damals (S. 170) sagte: Um den Gegensatz „mit kurzen Schlagwörtern zu bezeichnen, gebrauche ich in folgendem die Ausdrücke Willenstheorie und Vorstellungstheorie. Bemerke ich sogleich, daß damit nicht sowohl ein innerer, als vielmehr ein formeller Gegensatz angedeutet werden soll, so hoffe ich, Mißverständnissen vorgebeugt

[1] Entnommen aus BREIDENBACH, Commentar über das Großherzoglich Hessische St.G.B. 1. Bd. (1842) S. 551.

zu haben!" Selten bin ich in einer Hoffnung so getäuscht worden wie in dieser. Denn heute kann ich die Gegner der Vorstellungstheorie nur in solche unterscheiden, die mich mehr oder weniger mißverstanden haben.

Zu den Schriftstellern der ersten Gruppe gehören BELING, BIRKMEYER, v. BURI und LAMMASCH. Der letztere schreibt in seinem Grundriß des Strafrechts:[1] „Das Wesen des Vorsatzes kann nicht ärger verkannt werden, als dies in der modernen ‚Vorstellungstheorie' der Fall ist (FRANK, LISZT u. a.). Daß die Voraussicht des Erfolges noch nicht Vorsatz hinsichtlich desselben ist, sondern daß zu der intellektuellen Funktion des Vorstellens noch die emotionale des Willens hinzukommen muß, sagt schon der auf eine Tätigkeit, auf ein Wollen hinweisende Ausdruck ‚sich etwas vorsetzen'". In nahen Beziehungen zu diesem Einwand stehen die Bemerkungen, welche BELING in der zweiten Auflage seiner Grundzüge machte (S. 54). Dort bezeichnete er es als fehlerhaft, daß sich die Vorstellungstheorie mit der bloßen Vorstellung „unter Ausschaltung des Willensmomentes" begnüge. In der dritten Auflage (S. 62) hat er dem Einwand eine andere Fassung gegeben und erklärt, die Vorstellungstheorie „verkenne, daß der Mensch unmöglich dafür verantwortlich sein kann, daß Vorstellungsbilder in seiner Seele aufsteigen; die Vorstellungen als solche entbehren jedes Schuldcharakters". Sachlich scheint sich also BELINGS Würdigung der Vorstellungstheorie nicht geändert zu haben.

Ich habe keine Veranlassung, mich zum Verteidiger v. LISZTS aufzuwerfen, an die verehrten Kollegen BELING und LAMMASCH aber möchte ich die Frage richten, an welcher Stelle ich die Ausscheidung des Willensmomentes aus dem Begriffe des Vorsatzes vertreten haben soll? In Wahrheit habe ich schon in meinem älteren Aufsatze (S. 222) erklärt, es sei noch keinem Vertreter der Vorstellungstheorie eingefallen, den Begriff des Willens aus dem Strafrecht zu entfernen, nur meinte ich, das Willensmoment finde in dem Erfordernis der Handlung seinen genügenden Ausdruck (S. 218), sodaß es bei einer Definition des Vorsatzes nicht wiederzukehren brauche. Strafrechtliche Schuld ohne Handlung schien mir undenkbar, und die Schuld fand ich darin, daß der Täter handle, obwohl er die Vorstellung von dem Erfolg seiner Handlung habe (S. 222). Das Problem lag also für mich genau so wie für die Vertreter der Willenstheorie: ich wollte bestimmen, wann die Betätigung des Willens eine vorsätzlich schuldhafte sei.

Eine gewisse Verwandtschaft mit den Ausführungen der genannten weisen die BIRKMEYERS auf.[2] Er bezeichnet es als einen Fehler,

[1] S. A. a. d. Grundriß des Österreichischen Rechts, 3. Auflage (1906) S. 23.

[2] In seiner Enzyklopädie § 16.

daß die Vorstellungstheorie im Willen (nur) eine Vorstellungserscheinung sehe. Während also LAMMASCH und BELING behaupten, die Vorstellungstheorie eliminiere den Willen, sagt BIRKMEYER: das tut diese Theorie nicht, aber sie identifiziert Vorstellung und Wille. Nun ist es ja allerdings richtig, daß manche Psychologen den Willen in der Vorstellung untergehen lassen, aber wenn BIRKMEYER ohne weiteres auch mich dieser Richtung zuzählt, so weiß ich nicht, wodurch ich das verdient habe. Denn ich habe stets hervorgehoben, daß in dem Willensakte — diesen als ganzes betrachtet — neben den Vorstellungen noch eine besondere psychische Funktion mitspiele, der ich die Bezeichnung des Wollens keineswegs vorenthielt.[1]

Es mag sein, daß sich BIRKMEYERS Ablehnung der Vorstellungstheorie aus seinem entschieden indeterministischen Standpunkt erklärt. Wenigstens hat seinerzeit v. BURI die Vorstellungstheorie als Ausfluß des Determinismus angesehen.[2] Wie wenig indessen die Vorstellungstheorie auf Determinismus hinweist oder Determinismus zur Vorstellungstheorie führt, zeigt der Umstand, daß ein entschiedener Vertreter der Willensunfreiheit, ROBERT v. HIPPEL, sich mit großer Schärfe gegen die Vorstellungstheorie gewendet hat.[3] Wenn ich hiermit den Fehdehandschuh, den er mir hingeworfen hat, aufnehme, so geschieht es in der bestimmten Überzeugung, daß nur so ein baldiger Friedensschluß zu erreichen ist.

Meine wiederholt erwähnte Abhandlung zerfällt in drei Teile. In dem ersten suche ich an der Hand dogmengeschichtlicher Entwicklung nachzuweisen, daß der Dolus nicht mit hinreichender Klarheit bestimmt wird, wenn man ihn als das „Wollen des Erfolgs" bezeichnet, daß es vielmehr erforderlich ist, auf die in dem Willensakte mitwirkenden Vorstellungen zurückzugreifen. Das führte mich zu der „Vorstellungstheorie". — In dem zweiten Teil prüfte ich, ob es psychologisch überhaupt zulässig sei, von dem „Wollen des Erfolges" zu sprechen. Indem ich diese Frage verneinte, gelangte ich wiederum zu der Vorstellungstheorie. — In dem dritten Teile baute ich diese näher aus und stellte folgende Sätze auf:

> Vorsatz (Dolus) ist die Voraussicht (das Bewußtsein) des Erfolges meiner Handlung, verbunden mit der Kenntnis derjenigen Umstände, welche die Handlung zu einer strafbaren machen. Die Voraussicht kommt zum Ausdruck:
>
> 1. in dem Urteil: der Erfolg wird eintreten ... (Voraussicht des Erfolges als eines gewissen);

[1] Vgl. etwa in meinem älteren Aufsatz S. 204.

[2] Gerichtssaal B. 43 S. 243.

[3] Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit (1903).

2. in dem Urteil: der Erfolg muß eintreten ... (Voraussicht des Erfolges als eines notwendigen);

3. in dem Urteil: der Erfolg kann eintreten ... (Voraussicht des Erfolges als eines möglichen).

Drückt sich die Voraussicht des Handelnden in diesem Urteile aus, so ist Vorsatz nur dann vorhanden, wenn ihn die Voraussicht des Erfolges als eines gewissen oder notwendigen vom Handeln abgehalten haben würde.[1]

Wer meinen Kommentar zum Strafgesetzbuch kennt, weiß, daß ich diese Formulierung nicht durchaus beibehalten habe. Namentlich habe ich die Unterscheidung zwischen der Voraussicht des Erfolges als eines gewissen und als eines notwendigen aufgegeben. Dagegen habe ich den Satz angenommen, daß sich der Täter bezüglich des erstrebten, „beabsichtigten" Erfolges in dolo befinde, gleichgiltig, ob er ihn sich als sicher oder nur als möglich vorstellt. Meine Dolusdefinition lautet nunmehr:

Dolus ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden oder die Strafbarkeit erhöhenden Tatumstände.[2]

Zu meiner älteren Abhandlung und zu der 3. und 4. Auflage meines Kommentars nimmt nun v. HIPPEL folgende Stellung ein.

Er erklärt es für durchaus zulässig, von einem „Wollen des Erfolges" zu sprechen. Die einzig richtige Dolustheorie sei die Willenstheorie. Gerade diese führe zu den von mir jetzt aufgestellten Sätzen. Die Frage, wann der nur als möglich vorgestellte Erfolg zum Dolus anzurechnen sei, werde nur durch die „FRANKsche Formel" richtig beantwortet. Aber FRANK sei es vom Standpunkt der Vorstellungstheorie aus nicht gelungen, diese Formel richtig zu begründen. Die Begründung könne nur vermittels der Willenstheorie erfolgen. In Wahrheit sei denn auch FRANK ein Anhänger der letzteren, die in seinem Kommentar aufgestellte Definition aber lediglich eine Scheindefinition.

Ich will nun die Frage, ob es psychologisch genau ist, wenn man sagt: der Erfolg ist gewollt, nicht wieder aufwerfen. Es mag auch sein, daß jene Redewendung dem Ideenkreise gewisser psychologischen Theorien nicht in dem Maße fernliegt, wie ich früher annahm. Alles das berührt meinen Grundgedanken durchaus nicht wesentlich; denn dieser ging dahin, daß der Ausdruck „Wollen des Erfolges" nicht genügend klar sei, und daß man, um ihm einen klaren Sinn zu geben, auf den Vorstellungsgehalt zurückgehen müsse, der den Willensakt begleitet.

[1] a. a. O. S. 217.

[2] Ganz ähnlich schon LUCAS, Die subjektive Verschuldung (1882) S. 8.

Das war nun freilich nichts Neues, sollte es aber auch nicht sein. Denn die gesamte einschlagende Literatur seit Ende des 18. Jahrhunderts, soweit sie nicht ganz auf der Oberfläche schwebt, hatte sich mit der Frage befaßt: was heißt einen Erfolg wollen? Welche Vorstellungen muß der Handelnde von dem Erfolg gehabt haben, damit man sagen kann: er hat ihn gewollt?[1] So lautet denn auch für v. HIPPEL die Kernfrage: wann ist der vorgestellte Erfolg gewollt?

Bei der Prüfung dieser Frage gelangt nun v. HIPPEL genau zu dem gleichen Ergebnis wie ich. Der Unterschied reduziert sich also darauf, daß v. HIPPEL in die logische Reihe: Vorstellung — Dolus, als ein Mittelglied den Willen einschiebt. Er sagt: Dolus liegt vor, wenn der Erfolg gewollt ist; der Erfolg aber ist gewollt, wenn er in der Form a oder b oder c vorgestellt wurde. Ich sage, das Glied des Willens überspringend: Dolus liegt vor, wenn der Erfolg in der Form a oder b oder c vorgestellt wurde.

Aber! Die Ergebnisse meiner Untersuchung sind es ja auch nicht, gegen die v. HIPPEL polemisiert, es ist vielmehr die Methode. Gegen mich und andere Vertreter der Vorstellungstheorie wendet er der Sache nach folgendes ein. Es ist bloßer Schein, wenn ihr es unternehmt, den Vorsatz durch die Vorstellung zu bestimmen. Ihr leugnet zwar teils die Zulässigkeit, teils die Brauchbarkeit des Ausdruckes „gewollter Erfolg", aber im Hintergrunde aller eurer Deduktionen steht dennoch der diesem Ausdruck entsprechende Begriff. Denn vermöchte wirklich die Vorstellung des Erfolges den Dolus zu erfüllen, so müßte es auch jede Vorstellung tun. Das behauptet ihr aber selbst nicht. Ihr scheidet ja einen großen Teil der Fälle aus, in welchen der Erfolg nur als ein möglicher vorgestellt wird. Hier ruft ihr uns Vertreter der Willenstheorie zu Hilfe, indem ihr in verschiedenen Wendungen doch immer dies Eine meint: die Vorstellung des Erfolges als eines möglichen reicht nur dann aus, wenn der Erfolg gewollt war.

Hierauf antworte ich: die Vertreter der Vorstellungstheorie haben niemals die Vorstellung für sich als ausreichend zur Erfüllung des Dolusbegriffs angesehen, sondern nur die Vorstellung in ihrer Beziehung zum Willensakte. Denn sie gehen ja, wie schon bemerkt, davon aus, daß es ohne Handlung, also ohne Mitwirkung des Willens, gar keine Schuld gibt. Für die Beziehung der Vorstellung zum Willen sind aber folgende Fälle von Bedeutung.

1. Die Vorstellung des Erfolges hat den Täter zum Handeln bestimmt oder mitbestimmt. Alsdann ist der Erfolg beab-

[1] Siehe dazu die „historische Übersicht" bei KRUG, Über Dolus und Culpa (1854).

sichtigt, erstrebt.[1] Der Vorwurf, der in diesem Falle den Täter trifft, ist der schwerste. Während man von ihm erwarten durfte, daß er sich durch die Vorstellung des Erfolges von der Handlung abhalten lassen würde, hat er sich umgekehrt durch sie zur Handlung bestimmen lassen.

2. Die Vorstellung des Erfolges hat den Täter vom Handeln nicht abgehalten. Der Täter hat also der Vorstellung keinen Einfluß auf seinen Willen eingeräumt. Hieraus kann ihm ein dem vorigen nahe kommender Vorwurf dann gemacht werden, wenn er sich den Erfolg als einen sicheren vorgestellt hat. Hat er ihn sich dagegen nur als einen möglichen vorgestellt, so setzt er sich nicht schlechthin dem gleichen Vorwurf aus. Vielleicht hoffte er ihn ja zu vermeiden, vielleicht hatte ihn gerade die Vorstellung, den schädlichen Einfluß abwenden zu können, erst zum Handeln veranlaßt. Nur dann ist der Vorwurf annähernd der gleiche, wenn der Unterschied zwischen sicher und möglich für den Täter ohne Bedeutung ist, wenn er unter allen Umständen so gehandelt hätte, wie er gehandelt hat.

Das ist nun aber wieder der Punkt, bei dem ich die Zustimmung v. Hippels gefunden habe. Ich konnte, wie gezeigt, zu ihm gelangen, ohne daß ich von einem Wollen des Erfolges sprach. Einen Vorzug hat allerdings diese Wendung, nämlich den, daß sie vielleicht imstande ist, die sämtlichen Fälle der zum Dolus ausreichenden Formen der Erfolgsvorstellung einheitlich zusammenzufassen. Aber sie hat diese Fähigkeit nur vielleicht, dann nämlich, wenn man sich einigt, das „Wollen des Erfolgs" nicht in dem allgemein gebräuchlichen Sinne zu nehmen, in welchem es sich lediglich auf den erstrebten Erfolg bezieht, sondern in einem weiteren, so daß es auch gewisse nur vorgestellte Erfolge umfaßt.

Tritt man meinem Gedankengange bei, so ist der angebliche Gegensatz zwischen Willens- und Vorstellungstheorie der realen Bedeutung entkleidet. Ein Pereat den Schlagwörtern! Mag der Erfinder noch so große Vorsicht walten lassen — und deren darf ich mich rühmen — ihre eigentliche Aufgabe, Gegensätze zu schaffen, die keinen sachlichen Grund haben, erfüllen sich trotz alledem.

Wie gesagt, im Ergebnis stimmt v. Hippel mit mir überein. Seine Einwendungen gegen die von mir befolgte Methode glaube ich zurückgewiesen zu haben. Es bleibt also von rein juristischen Differenzen die Behauptung übrig, daß meine Begriffsbestimmung des Vorsatzes eine Scheindefinition sei.

Hier muß ich zugeben, daß sie, als Definition der Dolusschuld verstanden, nicht ganz einwandsfrei ist. Der Dolus ist ein Schuldele-

[1] Siehe hierzu bes. M. E. Mayer, Die schulhafte Handlung (1901) S. 64 ff.

ment, ein Umstand also, der in Verbindung mit verschiedenen andern die Schuld ergibt. Nun kann man die Vorstellung, die Voraussicht, das Wissen, das Kennen weder für sich allein noch in Verbindung mit der Zurechnungsfähigkeit oder den Umständen, unter welchen gehandelt wird, als Schuld bezeichnen. Allerdings habe ich das Moment des Schuldhaften auch nicht in die Kenntnis schlechthin, sondern in die die Handlung, die Willenstätigkeit begleitende Kenntnis gelegt. Aber absolut korrekt ist auch das nicht. Vielmehr liegt das Schuldhafte in der Nichterhebung gewisser Vorstellungen zu ausschlaggebenden kontrastierenden Motiven. Genauer wäre es also, zu sagen: vorsätzlich ist das Handeln, von welchem sich der Täter nicht durch die Vorstellung der Tatumstände hat abhalten lassen.

Dann bliebe noch der Einwand übrig, daß schließlich doch nicht jede solche Vorstellung zum Dolus genügt. Wollte man aber mit der Unterscheidung der Vorstellungsgrade schon die Definition belasten, so würde diese ihren Zweck, eine kurze Zusammenfassung gewisser Gedanken zu sein, unmöglich erfüllen können. Übrigens sollte man bedenken, daß spezielle Erläuterungen auch dann nicht entbehrt werden können, wenn man den Vorsatz als das Wollen des Erfolges bestimmt. Kleine Inkorrektheiten intra muros et extra! Ich weiß aber nicht, was schlimmer ist, die von mir oben zugegebene oder die Konsequenz der Willenstheorie, nach der sie, wie v. Liszt[1] bemerkt, auch sagen müßte: der Dieb „will", daß die gestohlene Sache eine fremde sei.

Seitdem es der Vorstellungstheorie gelungen ist, dem Satz zum Siege zu verhelfen, daß sich der Vorsatz des Täters auch auf einen Erfolg erstrecken kann, der nicht beabsichtigt ist, ist der Streit, wie außer v. Liszt der Sache nach auch Hafter betont[2], nur noch ein terminologischer. Der Gesetzgeber der Zukunft freilich wird sich die Frage vorlegen müssen, ob nicht innerhalb des vorsätzlichen Verschuldens verschiedene Abstufungen eingeführt werden sollen[3], und zur Entscheidung dieser Frage wird ihm der Streit, der über einen vermeintlichen Gegensatz der Theorien geführt worden ist, reiches Material an die Hand geben.

Für die dogmatische Ausgestaltung des Rechts ist aber von größerer Bedeutung der oben hervorgehobene Satz, daß der Begriff der Schuld die begleitenden Umstände mit umfaßt. Möge sich die Debatte mehr auf ihn, als auf den abgetanen Gegensatz der Willens- und der Vorstellungstheorie erstrecken! —

[1] Lehrbuch § 39 Anm. 3.

[2] Siehe darüber besonders Löffler a. a. O. S. 5ff. 10.

[3] Schweizer Zeitschr. f. Strafrecht Bd. 17 S. 186.

Bei Gelegenheit dieser psychologischen Erörterungen seien meine Fachgenossen auf eine Unterscheidung aufmerksam gemacht, die in der modernen Psychologie eine gewisse Rolle spielt, nämlich auf den Unterschied zwischen dem Gegenstand und dem Inhalt des Bewußtseins.

Ich weiß eine Tatsache, „aber vielleicht ist mein geistiges Auge nicht in diese Region gerichtet," „ich fasse sie nicht auf," sie ist zwar Inhalt meines Bewußtseins, aber zurzeit nicht dessen Gegenstand.[1]

Für den Juristen entsteht dadurch die Frage: gehört zum Vorsatz, daß ich das, was ich weiß, im Augenblick der Handlung auch denke? Ist z. B. die Bestrafung wegen Verführung davon abhängig, daß der Täter das jugendliche Alter des Mädchens nicht nur kennt, sondern daß er auch daran denkt? Meines Wissens ist dieses Problem in der kriminalistischen Literatur bis jetzt kaum gestreift worden. Vorläufig bin ich der Ansicht, daß der Erfolg gedacht werden muß, daß aber die übrigen Tatumstände nur gewußt zu sein brauchen. Der zukünftige Gesetzgeber wird auch diese Frage zum Gegenstande seines Bewußtseins machen müssen!

[1] Lipps, Leitfaden der Psychologie (2. Aufl. 1906) S. 5, 6.

§ 14 C 1.
8/11/08.